

Septiembre de 2016

TEMAS PROCESALES

30

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
Sánchez R Ltda.



Red Interinstitucional

— Derecho Procesal y Justicia —

RED INTERINSTITUCIONAL PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL Y LA JUSTICIA

Integran:

Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia
Corporación Universitaria Lasallista
Fundación Universitaria Autónoma de las Américas
Institución Universitaria de Envigado
Universidad Autónoma Latinoamericana
Universidad CES
Universidad Cooperativa de Colombia
Universidad de Antioquia
Universidad de Medellín
Universidad EAFIT
Universidad Pontificia Bolivariana
Universidad Santo Tomás sede Medellín

Marzo de 2016

TEMAS PROCESALES

Coordinadora académica y compiladora:
Diana María Ramírez Carvajal

cual es
la coor-
dinado-
ra

JULIO 2016
© TEMAS PROCESALES
AÑO 2016

ISSN: 0120-8519
Editor: Diana María Ramírez Carvajal
Contacto: redderechoprocesal@outlook.com
Coordinador Académico: Camilo Andrés Garzón Correa



Librería Jurídica
Sánchez R. Ltda.

Calle 46 N.º 43-43
PBX: (57-4) 444 44 98
Código postal: 50016
Medellín, Colombia
E-mail: info@lijursanchez.com
Web: www.lijursanchez.com

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

ARTÍCULO INTERNACIONAL

SOBRE LA RESPUESTA JUDICIAL A LOS FENOMENOS DE CORRUPCIÓN	
Perfecto Andrés Ibañez	13
INTRODUCCIÓN	14
CONSTANCIA DE LA CORRUPCIÓN	15
EL CASO DE ESPAÑA.....	16
¿EL ICEBERG O SOLO SU PUNTA?	18
ECONOMÍA Y POLÍTICA: ¿QUIÉN CORROMPE A QUIÉN?	20
DESREGULACIÓN DE LA POLÍTICA, OLIGARQUIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA	22
¿POR QUÉ AHORA? ¿POR QUÉ EN EL JUZGADO?	25
JUDICIALIZACIÓN —¿ABUSIVA?— DE LA POLÍTICA.....	27
DE POSIBILIDADES Y LÍMITES	30
LA LEGALIDAD EN SERIO.....	33
MÁS ALLÁ DE LA LEGALIDAD	34
NOTA BIBLIOGRÁFICA.....	36

ARTÍCULO DE ANÁLISIS JUDICIAL — COLEGIO DE JUECES Y FISCALES

UNA NUEVA MIRADA PROCESAL A LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEY 1306 DE 2009 Y LEY 1346 DE 2009 (CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD).	
Francisco Alirio Serna Aristizabal	39
ANÁLISIS	40

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

ENFOQUES INTERDISCIPLINARES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: ENTRETEJIDO
SISTÉMICO JURÍDICO DE LA RACIONALIDAD EN LA EVOLUCIÓN DE LA NORMA
Astelio Silvera Sarmiento
Vicky María Rosales Pertuz
Sebastián Arboleda Cardona

Adriana Arboleda López	
Jorge Manuel Marín Anguila.....	45
INTRODUCCIÓN	47
MEDIDAS CAUTELARES: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA, EPISTÉMICA Y METODOLÓGICA DE LA NORMA.....	48
CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	48
MATERIALES Y MÉTODOS.....	52
DESARROLLO Y CONCLUSIONES.....	53
Teleología de la medida cautelar: normativa y social.....	53
Metodología normativa para la incorporación procesal de la medida cautelar.....	55
Sistema de responsabilidades, cargas y funciones de los sujetos procesales.....	59
Sujetos procesales y factores inherentes de las medidas cautelares.....	59
Cargas y funciones de las medidas cautelares.....	61
Funciones de las medidas en los procesos civiles.....	62
Proceso de validez, eficacia y función social de la medida cautelar en Colombia	63
VALIDEZ DE LA NORMA	
Ambito de contradicción de la medida cautelar	64
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	68
REFERENCIAS.....	69

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LAS RAZONES PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO PARA PRIVATIZAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	
Yudy Andrea Carrillo Cruz	73
INTRODUCCIÓN	74
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA.....	88
JUSTICIA SIN JUECES: LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO COMO JUSTICIA ALTERNATIVA NO INSTITUCIONAL	
Julián Andrés Gaitán Reyes.....	89
INTRODUCCIÓN	90
LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO	
CONCILIACIONES PRIVADAS ALGUNOS PROBLEMAS	94
BIBLIOGRAFÍA.....	99
LA MEDIACIÓN UNA FORMA DE PRIVATIZAR LA JUSTICIA	
Rosa María Caycedo Guío.....	101

INTRODUCCIÓN	102
1. LA MEDIACIÓN	103
2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.....	103
3. HABILIDADES BÁSICAS DE LOS MEDIADORES.....	104
CONCLUSIONES.....	110
REFERENCIAS.....	111

ABUSO DEL PODER DE LOS ÁRBITROS: ANÁLISIS DEL IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO “DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y ANTICIPATORIAS Doris Milena Cuesta Cuesta.....		113
INTRODUCCIÓN		114
1. ABUSO DEL PODER DE LOS ÁRBITROS: ANÁLISIS DEL IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO “DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y ANTICIPATORIAS”		115
1.1. Definición de Medidas cautelares		115
1.1.1. Concepto de Medidas cautelares innominadas y anticipatorias		117
1.2. Mecanismos alternativos de solución de conflicto		120
1.2.1. Evolución normativa en materia de medidas cautelares en el arbitraje.....		121
CONCLUSIONES.....		124
BIBLIOGRAFÍA.....		125

DERECHO PROCESAL PENAL

INCIDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO Jairo Arturo Fontalvo Sarmiento.....		127
INTRODUCCIÓN		128
MARCO TEÓRICO		130
CONCLUSIONES.....		138
BIBLIOGRAFÍA.....		138

LA DEFENSORÍA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA EN EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, Y SU FORTALECIMIENTO EN EL NUEVO PANORAMA DEL POSTCONFLICTO Tedys Doria Orozco.....		141
INTRODUCCIÓN		142
DESARROLLO		144
1. ¿LA ORALIDAD COMO PUNTO DE FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA?		144

2. EL PANORAMA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA	146
3. UN ANTECEDENTE PARA TENER EN CUENTA	148
4. SITUACIÓN CRÍTICA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA	
¿QUÉ PASARÁ EN EL POSTCONFLICTO?	149
4.1 Un Sistema de Defensoría Pública sin fortalecer a postres de una eventual firma de diálogos de Paz.	149
4.1.1 Otras situaciones que afectan al defensor público en el ejercicio de su función	150
CONCLUSIONES	152
BIBLIOGRAFÍA	154
 BASTA ESTANDARIZAR	
Pedro Andrés Felisart Legorreta.....	157
FUENTES CONSULTADAS	166

DERECHO DISCIPLINARIO

ILICITUD SUSTANCIAL, ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA	
Camilo Andrés Garzón Correa	167
ILICITUD SUSTANCIAL, ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA.....	168
1. SOBRE LA ILICITUD SUSTANCIAL EN GENERAL	174
2. ILICITUD SUSTANCIAL Y LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	180
3. ILICITUD SUSTANCIAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL	183
4. ILICITUD SUSTANCIAL, DIFERENCIA EL DERECHO DISCIPLINARIO DEL DERECHO PENAL	187
5. ANÁLISIS DE CASOS.....	189
5.1. Proceso con radicado 2009-215383 del 28 de enero de 2011	189
5.2. Proceso con radicado 2006 – 277830 Con sentencia del 11 de enero de 2011	190
5.3. Proceso con radicado 154-161411-2007, con sentencia de segunda instancia del 21 de enero de 2010	192
6. CONCLUSIONES	193
REFERENCIAS.....	195

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

DE LA MATRIZ ESTADOCÉNTRICA A LA MATRIZ JUSTICIOCÉNTRICA UN CAMBIO PARA MEJORAR LA ESTRUCTURA SOCIAL EN EL ESTADO – NACIÓN Diego Javier Mesa Rada	199
INTRODUCCIÓN:	200
¿CUÁL ES ENTONCES LA SOLUCIÓN?	202
EL PAPEL DEL JUEZ EN LA MATRIZ JUSTICIOCÉNTRICA	207
BIBLIOGRAFÍA.....	211

SOBRE LA RESPUESTA JUDICIAL A LOS FENOMENOS DE CORRUPCIÓN

Perfecto Andrés Ibañez*

Introducción • Constancia de la corrupción • El caso de España • ¿El iceberg o solo su punta? • Economía y política: ¿quién corrompe a quién? • Desregulación de la política, oligarquización de la democracia • ¿Por qué ahora? ¿Por qué en el juzgado? • Judicialización —¿abusiva?— de la política • De posibilidades y límites • La legalidad en serio • Más allá de la legalidad • Nota bibliográfica

* Magistrado

INTRODUCCIÓN

Lo que sigue es una reflexión sobre la corrupción, término con el que aquí se designan aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un trato privilegiado.

Dentro de este marco general, los modos de operar en concreto suelen articularse a través de una variada gama de conductas normalmente — aunque no siempre— tipificadas en los códigos penales. Pero el fenómeno como tal trasciende, en gravedad y alcance, lo que representaría la mera adición mecánica de los supuestos particulares, ya que expresa todo un modo de ser del poder político, que, con alarmante frecuencia, es extralegal cuando no abiertamente criminal. Mostrando con ello una consolidada tendencia a sustraerse a su propio derecho.

Se trata de una patología amplísimamente difundida, de existencia hoy inobjetable en vista del afloramiento de toda una aparatosa sucesión de escándalos, producida de forma casi simultánea en diversos países europeos en una cierta relación de simultaneidad, que sugiere algo de sistémico en el recusable fenómeno. Por eso, la referencia a España en algunos casos no tiene más propósito que el de ejemplificar con lo que mejor conozco ciertos aspectos de una fenomenología que si algo ha demostrado no tener es fronteras.

La evidencia de la acumulación explosiva de tales supuestos ha tenido en el espacio judicial un escenario privilegiado, en casos como el español, no pocas veces, bajo el estímulo de la denuncia periodística. Pero también en esto la significación de tales vicisitudes desborda los límites de la jurisdicción. No sólo por la dificultad de contener en ese marco el conjunto de implicaciones de una fenomenología tan rica en perfiles negativos, sino porque la dimensión judicial de estos asuntos es sólo el síntoma de un mal de fondo que es antes político y que evidencia una profunda crisis de momentos institucionales de ese carácter. Además,

tampoco cabe desconocer que en los antecedentes de tal estado de cosas se encuentra todo un sistema de intereses parasitarios establemente implantados en el tejido social.

La pertinencia de una reflexión fuertemente crítica sobre estas cuestiones no puede ser más evidente, aunque sólo sea porque eludirla mirando hacia otra parte sería tanto como contribuir activamente a una forma —no precisamente indolora— de suicidio colectivo.

CONSTANCIA DE LA CORRUPCIÓN

Los ciudadanos de buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados de democracias consolidadas —ciudadanos, incluso, tan “curados de espanto” como los italianos— han asistido, en momentos todavía recientes, con estupor, a la eclosión de un fenómeno que, viejo como el mundo, se presentaba ante ellos de forma abrupta y con particularidades que le dotaban de inquietantes rasgos de novedad. Me refiero a la aludida compleja variedad de prácticas ilegales que hoy gira habitualmente bajo esa, un tanto imprecisa pero expresiva, etiqueta de corrupción.

Naturalmente, no es que esa gran parte de la ciudadanía del viejo continente, después de vivir, incomprensiblemente, en la inopia hubiera recobrado de forma inesperada la conciencia de la realidad. En efecto, no se trata de eso, porque es claro que el regular lector de periódicos, incluso el exponente medio de la cultura de la calle, no encontrarían motivo para la sorpresa en la descripción del caso-tipo de cualquiera de esos fenómenos a los que me refiero. Muchos ellos, a escala de supuesto concreto, cuentan con precisas representaciones en el imaginario colectivo; del mismo modo que la convicción de la proclividad del comportamiento individual a sucumbir bajo el influjo de las pulsiones egoístas, sobre todo en determinados contextos de actividad, está bien arraigada en el sentido común.

El factor de novedad lo ha aportado la inédita forma de comparecer y ser socialmente percibidos los acontecimientos de referencia. En concreto, el salto de cualidad en el plano de la imagen provocado por la masiva acumulación de hechos perturbadores de esa naturaleza.

Pues, en el curso de los últimos años, la emergencia de la criminalidad político-económica (de eso se trata) se ha producido con una exuberancia desconocida hasta la fecha, en marcos públicos o sistemáticamente asociada a actividades de ese carácter.

Había noticia de la existencia de “mafias” (más allá de la mafia por antonomasia), habían crecido los datos acerca de la ya comúnmente conocida como delincuencia de “cuello blanco”, siempre sospechosamente próxima a los centros de poder, no faltaba información sobre políticos y funcionarios sorprendidos en el manejo irregular o la apropiación de los fondos confiados a su cargo. Pero estos datos, en general, nunca pasaron de ser vividos como capítulos de una “crónica negra”, nutrida básicamente de casos de incidencia más bien anecdótica. Incluso regía una convención con perfiles de axioma —seguramente nada inocente, por lo que ahora se sabe— conforme a la cual la corrupción en sentido fuerte, es decir, de cierto grado de generalidad, sería un rasgo exclusivo de las sociedades subdesarrolladas, debido al escaso peso que tienen en ellas los mercados regulares y a la rapacidad de sus oligárquicas clases políticas.

De este modo, la corrupción aparecía —tranquilizadamente— confinada dentro de los límites de la ocasionalidad, o desplazada al interior de fronteras lo bastante lejanas y bien delimitadas por la geografía de la política.

EL CASO DE ESPAÑA

Desde la perspectiva española —paradigmática a mi juicio, por razones que expondré— la constancia de la corrupción, entendida en el sentido a que acabo de aludir, se produjo con cierta gradualidad. Diría, incluso, que dado el clima del país (expresado en el multitudinario voto socialista de 1982, voto en favor de la transformación social y política presidida por la ética) la toma de conciencia hubo de pasar por la superación de fuertes resistencias inconscientes muy arraigadas en amplios sectores de la mayoritaria ciudadanía progresista.

En efecto, la aceptación de que —si la acumulación de casos aislados hace epidemia— también en España había que rendirse ante la evidencia

de la corrupción como fenómeno de amplio espectro, justo cuando se vivía con expectativas políticas de todo lo contrario, sólo fue posible para muchos cuando la presencia de aquélla se hizo incontestable a la vista de lo emblemático de los itinerarios de sus diversas escenificaciones en nuestro tejido institucional: de la Casa de la Moneda al Banco de España, del Boletín Oficial del Estado al ministerio del Interior. Este, por cierto, convertido en campo de operaciones de las más graves ilegalidades de Código Penal, desde la depredación de los conocidos como “fondos reservados” (destinados al pago de actividades policiales de inteligencia), hasta los crímenes debidos al terrorismo de estado.

Junto a estos y otros gravísimos asuntos, y, curiosamente, tratado como uno más, se alinea el caso Filesa: proceso seguido por la financiación ilegal del Partido Socialista, como se sabe, partido del gobierno en estos años. Con Filesa, nombre de una sociedad de fachada, se hace referencia a una tupida red de entidades de este género a través de las que esa formación política, prevaliéndose de la capacidad para extorsionar de que le dotaba su posición de fuerza ampliamente hegemónica durante un largo periodo, captaba importantísimos recursos económicos con los que financiar su actividad política en claras condiciones de ventaja.

Así visto, del caso español podría decirse que no tiene nada de particular, nada de realmente singular dentro del conjunto de las realidades políticas del entorno. Ocurre, sin embargo, que las vicisitudes a que se ha hecho sintética referencia tuvieron lugar, en un escaso número de años, en el marco de la acción de gobierno de un partido que había accedido al poder bajo la enseña de la ética y con la reactivación moral de la vida pública como uno de sus objetivos centrales. Partido integrado en su cúpula por un nutrido grupo de cuadros jóvenes, en general universitarios, no contaminados por precedentes experiencias de poder político o económico.

Algunos años después, en las vísperas electorales de 1993, Felipe González, esbozaría lo que pudo parecer una autocrítica, que en realidad no explicaba nada y como intento de justificación era bien poco convincente: él y los suyos habían sido sorprendidos en su buena fe por un puñado de advenedizos desaprensivos, cuya torpe ejecutoria no debería enturbiar en la opinión la genuinidad del proyecto. Además, para

los eventuales desconfiados, el propósito de erradicación de corrupciones y de corruptos era tan firme como ya podía advertirse en la radicalidad de las acciones en curso y las que habrían de emprenderse. De esa época data también la incorporación de algunos jueces a las listas electorales y a puestos significativos del ejecutivo, también como aval de la autenticidad de la nueva actitud.

Sin embargo, lo que pronto pudo advertirse fue, a mi juicio, el llamativo despliegue de otra forma de corrupción. En este caso corrupción política, expresada en acciones sugestivas de todo un plan orientado, no a perseguir a los corruptos, sino a obstaculizar las actuaciones de la jurisdicción y la creación de comisiones de investigación parlamentaria.

Pero ocurre que, a distancia de algunos años, aquellas vicisitudes se han quedado pequeñas, una vez han tenido acceso a los tribunales las de la trama conocida como Gürtel, con ramificaciones en muy distintas zonas del territorio y con profunda implicación del Partido Popular, actualmente en el gobierno, con cuatro secretarios generales bajo proceso, e incluso obligado a sentarse en el banquillo como partícipe a título lucrativo.

Esto, por no hablar de lo sucedido en Cataluña, en el partido-emblema de la burguesía catalana, con trece sedes embargadas judicialmente y con su líder carismático, Pujol, gobernante de esa autonomía durante más de veinte años, y su mujer e hijos implicados en distintos procesos por corrupción, que podrían hacer de la familia un verdadero "grupo criminal", en sentido técnico (a tenor de lo que previene el artículo 570 del Código Penal).

¿EL ICEBERG O SOLO SU PUNTA?

Continuando con las vicisitudes de la transición española como referente, diré que durante los últimos 70 y primeros 80, los ciudadanos contábamos con una coartada tranquilizadora para dar explicación a los aspectos más negativos de la realidad en curso: de una u otra forma siempre podían ponerse en la cuenta de la dictadura franquista, entonces todavía no demasiado lejana.

Las cosas cambiaron cuando comenzó a tenerse la percepción de que fenómenos como los aquí evocados tenían, en lo fundamental, sus raíces en el presente o en un pasado muy próximo. Es decir, cuando se produjo el descubrimiento de que eran ya, objetivamente, producto de lo que, sin ningún rigor, acostumbraba a designarse, particularmente desde el poder, como la democracia. También la clase política emergente podía ser fagocitada —no obstante la bondad de las intenciones— por los viejos intereses.

El clima político del país había cambiado sensiblemente. La vida civil, apagado el “ruido de sables” y otros ruidos asimismo molestos, discurría ya establemente por los cauces de una regularidad semejante a la de las viejas democracias del entorno. A las que enseguida terminamos pareciéndonos en todo, como se ha sabido más tarde.

Al hilo de todas estas vicisitudes el bagaje de conocimientos sobre la que ha demostrado ser el envés, la cara no siempre oculta de de esa nuestra normalidad democrática, ha crecido notablemente. Hoy existe una cultura del asunto con la que antes no se contaba. Una cultura que enlaza con otra de vieja estirpe de la que no habría debido perderse memoria, que tiene expresión en un imponente corpus teórico debido a los grandes clásicos de la política, que predicaron insistentemente la sospecha activa frente a cualquier forma de poder: una “bestia” para Aristóteles; que llega hasta donde encuentra límite, según Montesquieu. Y mucho más allá, sobre todo cuando el límite de este es sólo formal y el poder es, naturalmente, asimismo económico.

Pues bien, a ese acervo de elementos de juicio sobre tan cruda como persistente realidad, tendría que unirse hoy otro: el representado por una categoría que es fruto de la aplicación de la teoría sociológica a la fenomenología de la justicia criminal. Me refiero al concepto que se conoce como “cifra oscura”, bajo el que gira la evidencia de que sólo una parte de los delitos efectivamente cometidos llega a conocerse y ser efectivamente perseguida. Evidencia que se completa con otra: que a mayor grado de sofisticación de las conductas criminales corresponde un incremento equivalente de la importancia de esa inquietante magnitud porcentual.

En definitiva, es posible —obligado, diría— pensar, con buen fundamento teórico, que aun siendo ingente el volumen y la significación de la corrupción conocida, esta podría constituir solo la punta o —para no ser demasiado pesimista— una parte del iceberg.

ECONOMÍA Y POLÍTICA: ¿QUIÉN CORROMPE A QUIÉN?

Cuando se debate políticamente sobre los antecedentes causales de los fenómenos de corrupción más conocidos, en los que es clara la interimplicación de economía y política, son frecuentes los intentos de desplazamiento de las responsabilidades de origen desde cada uno de estos campos al otro. A este respecto, vale la pena traer aquí una anécdota española no lejana en el tiempo, sumamente ilustrativa. Precisamente cuando más abrumadora era en España la evidencia de la corrupción, el entonces presidente González ensayó un intento de explicación de lo acontecido en su entorno. Vino a decir que los socialistas, estando preparados para gestionar democráticamente la política, se habían visto sorprendidos por la emergencia de la corrupción del lado de la economía. Curiosamente, por las mismas fechas, en otro contexto y no como respuesta a González, el presidente del Círculo de Empresarios españoles, reflexionando en voz alta sobre los mismos temas expresaba su convencimiento de que la corrupción llegaba a la economía a través de su zona de contacto con el sector público, es decir, con la política.

Sorprende comprobar, sin que pueda servir de precedente, que en este caso dos medias verdades, destinadas cada una por su lado a hacer más difícil la correcta percepción de una realidad comprometedora, contenían, sin embargo, en una interpretación integradora de ambas, algo de sustancialmente cierto. Porque, es evidente que en el actual momento del desarrollo estatal de nuestros países, la línea de la corrupción se identifica sistemáticamente con la de contacto o confluencia de lo público y lo privado que tiene lugar en algunas zonas del mercado con importante presencia pública o fuertemente interferidas por decisiones políticas de contenido esencialmente económico. En particular, es evidente que la capacidad para la adopción de estas en un marco de discrecionalidad, coloca en manos de quien tiene atribuido ese poder de decidir otra forma de poder, constituida, unas veces, por la simple administración selectiva

de la información al respecto, y, siempre, por la posibilidad de elegir a la contraparte y dispensarla un trato de favor.

El crecimiento del espacio público y la conversión del estado si no en el primer empresario sí en el primer consumidor de muchos bienes y servicios, ha llevado consigo el desarrollo hipertrófico de los ámbitos de la discrecionalidad política en la toma de decisiones con inmediato contenido o incidencia económica. En particular, la aparición dentro de la geografía institucional de todo una amplia gama de entidades singulares que, financiadas con dinero público, resultan gestionadas con criterios mercantiles, en un marco en el que, paradójicamente, aparecen extraordinariamente atenuados, cuando no rigurosamente eliminados, todos los mecanismos de control. Es decir, tanto los propios de la empresa privada -que en efecto, en cuanto tal, no existe- como los que hubieran correspondido a un ente público convencional, que, desde luego, en sentido propio, tampoco concurre.

Podría decirse, en resumen, que la asunción de aquellos nuevos roles mercantiles por parte de el estado y de sus articulaciones no ha ido debidamente acompañada de los correspondientes desarrollos normativos ni, por ende, de la predisposición de controles preventivos eficaces. De esta manera, en el amplio espacio económico creado o crecido a impulso de esa nueva forma de presencia estatal, han acabado por comparecer, reforzándose recíprocamente y actualizándose de una forma exuberante, tanto los riesgos de desviaciones diversas a que están expuestos los agentes empresariales en posiciones de hegemonía, como los que acechan a quienes ejercen alguna otra forma de poder sin la contrapartida de una ágil fiscalización preventiva.

Así, ha resultado que, como difícilmente podría haber sido de otro modo, la concentración de poder, en este caso en la señalada doble vertiente, ha llevado a la generalización del abuso. Ampliado hasta límites insospechados en situaciones de oligarquización de la política. En este sentido, podría decirse que la parte más significativa de los fenómenos de corrupción tiene una raíz inmediatamente política, en la medida en que los mismos se explican por la existencia de espacios de poder de facto abiertos generalmente en los ámbitos públicos contiguos al mercado y administrados con fines de lucro privado. Pero, como bien

se sabe, la dinámica de las relaciones poder político/poder económico, mas que unidireccional, es de naturaleza claramente circular. Por eso me parece útil dejar aquí constancia de un dato anecdótico, al que no sabría que valor hay que dar en este contexto: es que la generalidad de los grandes agentes económicos que hoy se sientan en el banquillo de los acusados, antes de ocupar lugar tan incómodo, eran frequentadores habituales de los lugares del poder político. Y, comprendo que como muestra estadística no es gran cosa, pero puede ser curioso recordar que el financiero De la Rosa, al parecer insaciable depredador de los fondos de la multinacional kuwaití, KIO, poco antes de aparecer inequívocamente como tal, había sido propuesto públicamente a la ciudadanía por el presidente de Cataluña, Jordi Pujol, como un ejemplar creador de riqueza.

DESREGULACIÓN DE LA POLÍTICA, OLIGARQUIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Con el título que preside este parágrafo se trata de hacer referencia a un rasgo saliente de la situación desencadenada en algunos países, como consecuencia de la evolución experimentada por la forma de ser y de presencia del estado en el mercado, asociada a situaciones de concentración del poder político, sobre todo cuando se da en manos de una sola formación.

En efecto, en casos del género lo producido es una verdadera democracia mayoritaria, puesto que tanto el parlamento como el ejecutivo quedan en manos de una sola fuerza política, reforzada en su capacidad de hegemonía por la debilidad de la oposición y la ausencia de alternativas practicables. Es lo sucedido en Italia, sobre todo, en los momentos álgidos del fenómeno Berlusconi.

De este modo, el ejecutivo intervencionista, con todas las posibilidades de actuación en espacios económicos a que se ha hecho referencia, ya de por sí bastante incontrolable, se vio libre del freno que podría representar una activa vigilancia parlamentaria y asimismo, y como consecuencia, libre también de la fiscalización preventiva interna a la propia administración, por principio poco predispuesta al autocontrol.

Esta segunda circunstancia opera no sólo de hecho, sino que aparece asociada a un planteamiento teórico susceptible de resumirse en este enunciado: el estado de bienestar precisa para realizar su cometido de una libertad de acción que es incompatible con los tradicionales dispositivos de control inspirados en los presupuestos del garantismo liberal, previsto para otra forma estatal y de presencia del estado en la sociedad.

No haría falta decir que en un contexto de estas características, de drástica atenuación y deslegitimación de los controles políticos, el poder judicial tenía que ser un invitado incómodo. Por su doble condición, de instrumento de control —bien que en último término— de las eventuales ilegalidades del poder, y de instancia ajena a los dictados de las urnas y no reconducible por tanto a los cauces de la lógica política *tout court*.

Es la razón por la que —es el caso de España, pero no solo— el poder judicial ha experimentado un tratamiento reductivo del horizonte de posibilidades de desarrollo abierto por las constituciones de nueva generación. Un tratamiento que suele concretarse en lo limitado de los desarrollos de estas, en el carácter regresivo de las reformas y, sobre todo, en el uso político de las facultades de gobierno de la magistratura y del ministerio público, este, por lo general, bajo la dependencia del ejecutivo.

Todos estos ingredientes han contribuido a configurar un cuadro global en el que el ejercicio del poder ha derivado de forma significativa hacia la informalidad, desplazándose a sedes carentes de transparencia. El resultado ha sido un evidente proceso de absolutización, que está en las raíces de la amplísima fenomenología de actuaciones corruptas que han recorrido y recorren la historia reciente y el presente de nuestros países.

Dentro de este apartado ha jugado un papel especial, por su relevancia negativa, el partido político. Constitucionalmente concebido como esencial instrumento de participación, ha experimentado un fortísimo proceso de degradación a la calidad de agencia de gestión de intereses corporativos, fuertemente teñido de ilegalidad en sus prácticas habituales, articuladas en torno al sistema de la financiación ilegal. Este fenómeno tiene una relevancia radical en el estilo de vida del partido, cuando es de gobierno, puesto que la generación de recursos económicos se lleva a cabo mediante procedimientos de extorsión pura y simple, poniendo la

formidable capacidad de coacción de que le dota su privilegiado estatuto, al servicio de sus intereses particulares.

Las capacidad de perversión de la práctica política que generan estos modos de operar es incalculable, puesto que el verdadero eje de la política real pasa precisamente por los lugares desde los que se difunde esa forma de corrupción, debido a que el poder real en el partido lo tiene quien dispone del aparato financiero, de los instrumentos capaces de garantizarle el acceso efectivo a los medios de todo género, en particular los de propaganda y creación de opinión, sin los que en el actual mercado electoral no se ganan elecciones.

Así, cuando la corrupción —venga de donde viniere— se instala en el centro, en el corazón del orden político, difícilmente podrá dejar de irradiar dentro de él en todas las direcciones.

La eficacia corruptora de los aludidos modos de operar, hay que insistir, no puede ser mayor, puesto que (como ha podido verse de forma macroscópica en el caso italiano y también en el español) la tasa de ilegalidad de las actividades de referencia está sujeta a un efecto multiplicador: los procesos aludidos pervierten pautas institucionales, patrimonializan parcelas de poder público, detraen recursos de ese carácter para fines privados, repercuten, encareciéndolo, sobre el precio de bienes esenciales de uso y consumo, propician actividades depredadoras de quienes, en primera línea, hacen el trabajo sucio, alimentan prácticas claramente antidemocráticas, envilecen la política y la economía, y, en fin, desmoralizan a la ciudadanía.

Por último, en la medida en que son los centros de decisión del partido —de los partidos— los que filtran —a través de la confección de las listas electorales— el acceso al ejercicio de la política, no es difícil concluir de qué tipo son los criterios de mérito con que orientan los correspondientes procesos de selección. Y esto no sólo cuando el partido está en el gobierno, sino también cuando tiene expectativas de llegar a estarlo y hacer valer desde él aquellas posibilidades ilegales de captación de recursos y de ejercicio sin restricciones del poder en todos los ámbitos.

En este contexto, no cabe duda, la legalidad limita el acceso a copiosas fuentes informales de recursos, es un freno a cierta lógica del beneficio;

la participación y la democracia interna debilitan al sujeto político por antonomasia en su degradado modo de ser actual. Por eso cobra pleno sentido la reivindicación expresada por cualificados exponentes de semejante antimodelo, al reivindicar la autonomía de la política, precisamente en momentos en que se contestaba su fuerte componente de ilegalidad.

¿POR QUÉ AHORA? ¿POR QUÉ EN EL JUZGADO?

Son muchos los analistas que, sobre todo en el caso de Italia, se han preguntado por las razones de que a partir de determinado momento —que se coloca simbólicamente en el 17 de febrero de 1992, con la detención en Milán de Mario Chiesa— el sistema de la corrupción hubiera comenzado a aparecer permeable a la acción investigadora. Como el fenómeno es complejo, las interpretaciones también lo son y, naturalmente, no se trata aquí de ahondar en ellas. Y ni siquiera en las que se aducen para explicar lo sucedido en España, donde, asimismo, hay un momento —más político que cronológico— a partir del cual los diarios, alguno de ellos en particular, se hacen escaparate de las más variadas y sórdidas modalidades de ilegalidad de procedencia institucional, hecho al que parece no haber sido ajena cierta “guerra de dossiers”. No cabe duda de que el porqué del momento, en estos casos, deja un amplio espacio al análisis de periodistas de investigación, politólogos y otros posibles estudiosos de esas coyunturas. Es un dato que bien conocido, sin duda, aclararía cosas, pero no lo explicaría todo, porque la respuesta a la corrupción con cierto grado de generalización en la organización del estado, con independencia de la naturaleza del detonante inmediato y de sus actores, causa próxima del inicio de una acción represiva de vigor antes desconocido, no sería explicable —en ninguno de los países en que se ha dado con cierto grado de radicalidad— sin la existencia de un nivel estimable de independencia judicial.

En efecto, en el caso de Italia las cosas no pueden ser más claras ni el protagonismo de los magistrados más evidente. No en vano se trata del país europeo en el que más y mejor ha madurado la cultura constitucional de la jurisdicción en el estado de derecho. Sobre todo a partir de la instauración de una institución como el Consiglio Superiore

della Magistratura, que supuso la extracción del gobierno de la justicia del ámbito del ejecutivo. Incluido el gobierno del ministerio público.

Pero igualmente en el caso de España es visible el papel de la independencia judicial a la hora de interpretar lo sucedido en estos años en materia de respuesta a los fenómenos de corrupción. Respuesta infinitamente más modesta, desde luego. También en la actualidad el gobierno de la jurisdicción permanece separado del ejecutivo y recae en el Consejo General del Poder Judicial que, aunque por su forma de integración no garantiza una calidad de independencia equivalente a la del juez italiano, y aunque entre nosotros no se da un clima parangonable de cultura judicial, sí permite hablar de independencia de los jueces. No por cierto —en esto al contrario que en Italia— de independencia del ministerio fiscal, que permanece bajo la dependencia última del gobierno, lo que explica la general endémica falta de iniciativa de la institución en estas materias.

A este respecto son expresivos, pero como contrapunto, los casos de Francia, sobre todo, y Alemania. En el primero, tanto la independencia judicial como la del ministerio público se encuentran gravemente comprometidas. Al extremo de que la situación permite supuestos como el reflejado en un titular del diario de Madrid, *El País*, de 12 de octubre de 1995: “El fiscal de París afirma que Juppé cometió delito de injerencia, pero decide no procesarle”. Esto en uso del principio de oportunidad —oportunidad política— que permite un uso táctico de la legalidad, naturalmente en beneficio de quien así puede disponer arbitrariamente de ella. Algo parecido es lo sucedido en Alemania, donde, como ha denunciado crudamente R. Muhm, fiscal de Munich, la dependencia del fiscal de los ejecutivos de los Lander y del poder central ha servido, no para coordinar la política criminal conforme a la legalidad, sino para flexibilizar esta en beneficio de sujetos políticos relevantes bajo sospecha de delito, obstaculizando su persecución.

De esta manera, si una de las causas que pueden dar razón de la génesis y expansión de los fenómenos de corrupción en medios institucionales es la crisis de la garantía política que produce la amortización de los controles de esa procedencia y también de los de carácter jurídico internos a los aparatos administrativos; una de las circunstancias que

hacen posible la articulación de una respuesta de cierto calado a aquellas formas degradadas de la actividad pública radica en la existencia de una instancia de fiscalización desde la legalidad dotada de cierto grado de independencia, como es la judicial.

Bastaría para acreditarlo el hecho de que sea precisamente ahora y en el contexto de las nuevas formas judiciales de actuación aquí aludidas, cuando desde los ámbitos de los políticos en apuros con la justicia se cuestiona ardorosamente la legitimidad democrática del poder judicial, al que reprochan su ajenidad al sufragio. Un rasgo estructural del estado de derecho que, curiosamente, se ha manifestado como la condición de posibilidad de una eficaz defensa de la legalidad erga omnes, es decir, incluidos aquellos que hacen un uso prevaricador del poder obtenido en las urnas.

JUDICIALIZACIÓN —¿ABUSIVA?— DE LA POLÍTICA

“Judicialización de la política” como expresión de una suerte de abuso o una actuación impropia, es una fórmula que ha hecho fortuna en el discurso de los políticos —más allá de su coloración, en esto no hay diferencias— afectados por las acciones judiciales de investigación y enjuiciamiento de fenómenos de corrupción. Normalmente esta (des)calificación se ha visto acompañada de una manifestación de preocupación por el equilibrio institucional, desde la perspectiva de un “sentido de estado” que estaría ausente de la preocupación de los magistrados.

Y en efecto, ha solido estarlo en los supuestos de referencia, porque, de haber prevalecido en ellos la razón de estado, que es el viejo concepto que subyace a ese nuevo eufemismo, la legalidad habría seguido inactuada.

Sin embargo no les falta razón a quienes se han pronunciado en los términos aludidos, porque la acción judicial es sin duda perturbadora y fuente de ruptura de muchos equilibrios consolidados. Y, es también cierto, no siempre —o si se quiere, casi nunca— produce resultados totalmente satisfactorios en términos de restauración de los intereses lesionados.

En esta última consideración se interfieren dos planos: una de profunda raíz constitucional y legal y otro de carácter más bien empírico y práctico.

El primero tiene que ver con la misma naturaleza de la jurisdicción penal y su condición de ultima ratio, debida a la extrema incisividad de sus modalidades de intervención, que, sin duda, provocan rupturas y costes inevitables allí donde se producen. Y, cuando su campo de operaciones es institucional, aportan ¡qué duda cabe! un efecto sobreañadido que es la fuerte caída de la legitimación de los afectados. Nada desgasta tanto a un político como pasar del sillón al banquillo de los acusados. Y nada hace tan patente la ofensividad del proceso penal como el testimonio — entre indignado y sorprendido— de los imputados excelentes a su salida de la cárcel o del juzgado.

Ahora bien, no es fácil, desde la aludida perspectiva constitucional y cuando las ilegalidades son de código penal, imaginar para ellas — sea quien fuere el sujeto activo— una salida que no pase por el penoso camino del proceso. Por eso cuando se habla de “judicialización de la política”, tomada la expresión en clave puramente descriptiva, se dice algo cierto, pero no toda la verdad. Porque, en efecto, se oculta que la intervención judicial es una intervención legalmente necesaria por haber estado precedida de una grave degradación criminal de la actividad de sujetos públicos. Y, siendo así, ¿cabría —no digo legal— sino ni siquiera racionalmente sostener que el juez pueda dejar de intervenir represivamente allí donde antes ha podido operar el criminal?

Aludía a una posible dimensión negativa de la respuesta judicial a la ilegalidad de los sujetos públicos, para referirme a las disfuncionalidades que en estos supuestos podrían derivarse no tanto de la respuesta judicial en sí como de la (deficiente) calidad técnica de la misma. Esto debido al carácter, por lo general, bastante rudimentario de los instrumentos judiciales y a las limitaciones de la formación de sus operadores, unos y otros sin duda concebidos para la persecución de otras conductas y de otros sujetos.

Ocurre, sin embargo, que la responsabilidad de estos efectos negativos sobreañadidos son también políticas y tienen que ver con el diseño dado en tales sedes al orden jurisdiccional; quizá no por casualidad mantenido

bajo mínimos y con una limitadísima capacidad de intervención frente a la delincuencia de cierto nivel de sofisticación. No en vano se ha señalado muchas veces y por voces altamente cualificadas que nuestros sistemas procesales, a fuerza de ser tan rudimentarios, desplazaban una parte sustancial de la eficacia represiva, idealmente concebida como efecto de la pena, sobre el propio proceso y sobre quien lo sufre y podría todavía ser absuelto. Así, el proceso se carga de una dimensión sustantiva impropriamente penalizadora, que —astucia, en este caso, de la sinrazón jurídica— puede ser más perversa en sus consecuencias cuanto más relevante sea la condición del sujeto pasivo. Ya que, en efecto, mientras el delincuente estándar asume la carga del proceso como un dato casi fisiológico de su cotidianidad, el político o el hombre de negocios procesado la recibe como una verdadera maldición que destruye irreparablemente la suya. Como una traición del sistema que, en alguna medida, es cierto, estaría volviéndose —al menos objetivamente— contra el padre padrone.

Por otra parte, esos costes sobreañadidos no sólo son personales, porque con frecuencia la señalada tosquedad de los instrumentos de la jurisdicción hará del juez un mal gestor ocasional por subrogación de los espacios invadidos. Aunque mucho del carácter con frecuencia extraordinariamente perturbador de la acción judicial en estos ámbitos se deberá también a la resistencia que sus responsables ofrecen a la misma. Es decir, a la opacidad de que suelen dotarse frente al juez las sedes institucionales cuando son objeto de indagación. Lo que hace de ellas algo paradójicamente parecido, en su hermetismo, a una asociación ilegal.

Estas y otras circunstancias que seguramente cabría señalar evidencian que el juez es el último visitante imaginado en esos medios y también el más molesto. Lo primero tendría explicación en línea de principio, puesto que lo más coherente en ese plano sería que la práctica de las instituciones discurriera por cauces exquisitamente legales, como regla general. Ahora bien, cuando esto no es así y los modos de operar de los operadores públicos tienen mejor descripción el diversos capítulos del Código penal que en las disposiciones orgánicas, lo segundo, o sea, la resistencia frente a la jurisdicción, resulta tan legalmente intolerable como explicable en términos empíricos. Sólo

que es un tipo de resistencia que, dada la calidad de los sujetos de procedencia, reviste un peligro especial, curiosamente superior al representado por la que suelen ofrecer los delincuentes convencionales, que, por lo general, carecen de medios para incidir persuasivamente en la opinión con fines deslegitimadores de la actuación judicial, de los que quienes operan en el ámbito de la política y del partido pueden y suelen servirse con generosidad y amplitud.

DE POSIBILIDADES Y LÍMITES

Un tópico que se ha prodigado con largueza en los medios de comunicación durante los últimos tiempos y en los diversos países es el del político o el gran hombre de empresa sorprendido “con las manos en la masa” que, sometido a proceso, se queja públicamente de estar siendo tratado como un delincuente. Y no es verdad, o no le es más que en parte si por delincuente se piensa en el que normalmente nutre la estadística judicial. Primero, porque aquel suele tener acceso franco a toda la panoplia de derechos y garantías que configuran la condición de imputado en los modernos ordenamientos constitucionales, merced a que cuentan con defensas de lujo. En segundo término, porque tienen una capacidad muy superior de empatizar con sus jueces, bastante sensibles a la penosidad de sus vicisitudes: no hay más que comprobar la minuciosidad y el cuidado con que se motivan las resoluciones que los afectan y, por contraste, pensar en lo poco que cuesta mandar a la cárcel a quien transmite unas dosis de heroína. Y, por último, y es lo que aquí más interesa, porque el derecho criminal padece en estas materias una endémica incapacidad para la anticipación descriptiva de la amplísima gama de actividades, siempre abiertas a la innovación, en que se resuelve la criminalidad política en su conmixción con la de cuello blanco. En efecto, el rigor casi geométrico que se demanda para el tipo penal, topa aquí con una dificultad extraordinaria procedente del carácter proteiforme y extraordinariamente diversificado de las conductas. En un momento posterior de la teoría del delito, la concreción del principio de culpabilidad naufraga en la amplitud de la difusión de las responsabilidades que posibilita la moderna práctica mercantil. Y, en fin, la persecución de muchas de las más graves infracciones, resulta seriamente obstaculizada por una red de fronteras que, como bien se sabe, suelen ser bastante más

permeables al desplazamiento de los agentes y los frutos de la ilegalidad que a la proyección del derecho punitivo.

Esta última consideración pone de relieve el extraordinario desequilibrio que, ya desde el punto de partida, como se ha visto, grava al derecho penal y a la justicia criminal en el momento de hacer frente a esa clase de conductas, lo que, de entrada, reduce la —siempre discutible— capacidad de prevención general de sus amenazas. Aunque también es cierto que las razones de ese desequilibrio no son precisamente naturales, como lo demuestra la reconsideración de las mismas en una perspectiva crítica de la lógica del sistema, para cuya comprensión hoy se dispone de muchos más elementos.

En efecto, si el sistema político (en su más amplio sentido) por una razón de coherencia —hoy diríamos “de imagen”— tuvo que contemplar, siquiera como hipótesis remota, la eventualidad de comportamientos ilegales en su interior, es evidente que no fue demasiado lejos en el desarrollo y la instrumentación de las correspondientes previsiones. Ni siquiera el sistema político democrático, como hoy aparece bien demostrado, a juzgar por lo poco en serio que el mismo se toma su propia legalidad.

Por eso, aun contando con que no sería fácil la reconversión de los instrumentos penales para dotarlos con eficacia de una nueva funcionalidad, lo cierto es que nunca se ha intentado con el rigor necesario. De aquí que, si no resultan tolerables los usos retóricos o mágicos del proceso penal, lo sean menos aún ciertas sospechosas formas de nihilismo que no hacen sino reforzar sus actuales dificultades. Dificultades que, como ha puesto de manifiesto hasta la saciedad el criminólogo crítico, tampoco son nada inocentes.

Es por lo que habría que reivindicar un nuevo paradigma en la materia. Naturalmente desde la perspectiva de un “derecho penal mínimo”, pero derecho penal practicable. Dotado de un tipo de eficacia que sólo podría esperarse de un ordenamiento jurídico coherentemente integrado, en el que los recursos normativos del derecho privado y de las restantes ramas del derecho público y los correspondientes órdenes jurisdiccionales, desempeñasen en la realidad el papel que formalmente les corresponde.

Con ello sería también mucho menor el espacio abierto a la intervención de la justicia criminal. A este respecto, si algo denota la tendencial actual pampenalización de las conductas desviadas y el crecimiento de estas dentro de ámbitos tan significativos como los aquí evocados es una profunda quiebra de la capacidad ordenadora de otros sectores del orden jurídico. No es, pues, sino una patética declaración de impotencia del ordenamiento jurídico como tal.

Un primer momento de esa quiebra, cuando se trata de actividades públicas, o de las de entidades de ese carácter con proyección en el mercado, lo registra el derecho administrativo y sus controles preventivos. Estos en los casos de los modos tradicionales de operar han sido, con frecuencia, sencillamente desactivados y en los nuevos modos de intervención (en particular los que tienen que ver con el mercado) han manifestado una escandalosa falta de capacidad para incidir en la realidad de las prácticas correspondientes. A ello se debe en gran medida que la inmensa mayoría de los grandes escándalos políticos (es decir político-económicos) de estos años no hayan sido detectados más que en última instancia, sin que antes se hubiera encendido una sola “luz roja” en el “sistema de alarmas”.

Pues bien, cierto que el cuadro diseñado no es idílico. Pero es menos negro que antes, ya que los nuevos datos adquiridos acerca del verdadero modo de ser de las realidades políticas-institucionales sobre las que aquí se discurre, en la medida que propician un progreso en el conocimiento crítico de las mismas, arrojan alguna luz sobre los itinerarios a recorrer para salir de lo que no es sino —y nada menos— que una profunda crisis del estado de derecho.

Esta crisis ha encontrado su momento de mayor visibilidad en el ámbito de la jurisdicción. Y lo ha hecho de una forma particularmente contradictoria, porque al mismo tiempo que ponía de manifiesto la incapacidad objetiva de esta para procesar todo un macroscópico fenómeno de ilegalidad sistémica, servía para ilustrar con realismo sobre el verdadero alcance y radicalidad de esta última.

De aquí el merecido protagonismo del poder judicial, pero, de aquí también —y de nuevo la paradoja— un altísimo coeficiente de riesgo

sobreañadido de deslegitimación para el mismo, en la medida que ha abierto expectativas de saneamiento que, sólo por su acción, no van a producirse. Porque es una obviedad que no existen soluciones judiciales globales para las crisis políticas. Aunque, es cierto que algunas de las —por su relevancia criminal— más graves manifestaciones de estas, han demostrado ser sólo afrontables con alguna eficacia desde o a partir de la intervención de la jurisdicción, debido a que esta ha contribuido a dar mucho mayor visibilidad a las mismas en toda su exuberante negatividad.

Con todo, hay un efecto inducido que podría producirse. Y es que la denuncia del vacío de funcionamiento de los controles preventivos de carácter político-parlamentario y político-administrativo, tendría que suponer un impulso para que tales instancias incumplidoras recuperen su papel constitucional y legal, allí donde había sido abandonado. Pero existe también el riesgo de que los intereses golpeados por la acción judicial, si la presión hacia el retorno de la legalidad no es lo suficientemente fuerte, terminen por organizarse políticamente e incidir regresivamente sobre la dimensión garantista del estado de derecho, que se ha manifestado insoportable para ellos.

Por eso, a algunas sospechosas demandas de “regreso a la normalidad” del poder judicial hay que responder que no existe otra constitucionalmente posible que la que pueda darse en el respeto de todas las reglas del juego. Lo que implica que la jurisdicción permanezca como una (última) instancia de garantía de legalidad con capacidad potencial, pero efectivamente actuable, de hacer valer aquélla frente a todos.

LA LEGALIDAD EN SERIO

La comprensión de la legalidad se ha enriquecido notablemente en la segunda mitad de este siglo. Ha ganado en complejidad y en la misma medida en realismo (del mejor).

En efecto —y con todos los riesgos de la simplificación— de una situación en la que se enfrentaron esencialmente dos paradigmas: el del formalismo dogmático, con su cerrada concepción geométrica del derecho y su empeño por desconocer/encubrir la verdadera realidad de este y

de las prácticas producidas a su amparo; y el de la vulgata marxista, empeñado, a su vez, en negar a aquél toda sustantividad y condenarlo como instrumento monolítico de dominación de clase; se pasó a otra en la que a una sensible progresiva apertura en la comprensión positivista del derecho fue a corresponder en ese otro ámbito un reconocimiento de su constitutiva conflictualidad, que, precisamente por la inevitable ambigüedad que le connota, estaría abierto también (aunque siempre menos) a otros intereses.

Luigi Ferrajoli ha llamado la atención sobre la significación profunda del estado constitucional de derecho tal como lo ha configurado el constitucionalismo de segunda postguerra. Este, ha incorporado a los ordenamientos un ambicioso catálogo de derechos fundamentales, confiriéndolos el máximo rango normativo, lo que ha hecho de ellos otras tantas leyes del más débil. Por eso, ha señalado Flores D'Arcais que aunque ninguna revolución ha amado la legalidad, una política de la legalidad sería hoy la más radical de las revoluciones posibles y la primera de las revoluciones deseables.

He aquí una comprensión del derecho extraordinariamente fiel a su actual modo de ser constitucional, dotada, al mismo tiempo, de un ingente potencial transformador de la máxima legitimidad, en cuanto de ella se deriva una exigencia de realización de lo más noble de los ordenamientos vigentes. Hoy no es necesario buscar razones de justicia al margen del derecho, se trata de conseguir que este y las prácticas que debe inspirar se ajusten a las exigencias normativas de principio, dotadas de una inobjetable dimensión positiva, que hoy se alojan en el piso más alto de la pirámide kelseniana. De dar cumplimiento a un imperativo que ya no es moral sino jurídico, que reclama como sus actores naturales no sujetos visionarios o iluminados, sino juristas y ciudadanos impregnados de un sentido profundo del deber ser constitucional, de la legalidad tal como hoy es.

MÁS ALLÁ DE LA LEGALIDAD

La desazonante gravedad de los acontecimientos que han dado lugar a estas reflexiones ha producido un fuerte efecto de revulsivo en muchas

conciencias y también un aluvión de propuestas sobre cómo prevenir los riesgos de nuevas recaídas en esa forma de moderna barbarie representada por el poliédrico fenómeno criminal de la corrupción. Un relevante plano transversal de nuestra(s) realidad(es) social(es) que, será mejor no engañarse, sigue estando presente y se encuentra, a buen seguro, en proceso de recomposición para reaparecer en la escena -nunca abandonada del todo- bajo nuevas formas.

Aunque así sea, también es cierto que hoy es mejor conocido y, por eso, al menos en principio, podría ser más permeable a formas más incisivas de prevención y de reacción.

Pensar la corrupción en la complejidad, profundidad y extensión de sus dimensiones reales puede producir un efecto demoledor, incluso paralizante. Pero esa es una perspectiva a la que no debe renunciarse, al menos como marco de referencia, como horizonte, para dar también el máximo de coherencia y de profundidad a los esfuerzos de saneamiento sectorial que puedan suscitarse. Una conciencia de ciudadano demócrata bien amueblada debe integrar reflexivamente ese dato. Pero asimismo la evidencia de que el recusable estado de cosas que ha aflorado con tanta y tan negativa exuberancia se ha hecho posible gracias también a un increíble amplísimo consenso objetivo hechos de pasividades e inhibiciones. A un background cultural de esa matriz, —retrocultural desde el punto de vista de la cultura democrática, habría que decir— sin el que nada sería de todo esto sería explicable.

Por eso, junto a los esfuerzos dirigidos a dar el máximo de proyección a las previsiones constitucionales básicas, a través de una legalidad ordinaria de nueva planta en lo que fuera menester y también de nuevas prácticas institucionales de aquella inspiración, se hacen necesarios otros esfuerzos situados en un más allá o en un antes, si se quiere, que es prejurídico, ético, que se nutre de tensión moral, personal y colectiva, y de cuya calidad y arraigo depende en buena medida la posterior fuerza del derecho.

El campo es grande y hay trabajo, mucho trabajo, por delante. Ahora bien, de la misma manera que una amplia desmovilización ciudadana facilitó el desarrollo macroscópico de la corrupción incluso en el corazón

de las instituciones formalmente predisuestas para hacerla imposible; puede afirmarse que una movilización de la ciudadanía en favor de esa modesta revolución de la legalidad a que me he referido podría dar paso a una situación bien diferente.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, (editor), *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

-- Tercero en discordia. *Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

BRUTI LIBERATI, Edmondo, "La magistratura e i fatti di corruzione politica", en *Questione giustizia*, nº 2-3/1992.

FERRAJOLI, Luigi, "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en P. Andrés Ibañez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho*, cit.

FERNANDEZ BUEY, Francisco, "Corrupción en una democracia realmente existente", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 20, 1993.

FLORES D'ARCAIS, Paolo, "Izquierda y legalidad", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 19, 1993.

GARZÓN VALDES, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", en *Claves de razón práctica*, nº 56, 1995.

JIMÉNEZ SANCHEZ, Fernando, "¿Cruzados o fariseos? La complejidad de los escándalos políticos", en *Claves de razón práctica*, nº 45, 1994.

LAMO DE ESPINOSA, Emilio, "Corrupción política y ética económica", en *Revista de Occidente*, nº 179, 1996.

LAPORTA J., Francisco y ÁLVAREZ, Silvina (editores), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

MUHM, Raoul, "Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 22, 1995.

NICOD, Jean Paul, "El ministerio público en Francia", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 18, 1993.

RECIO, Albert, "La corrupción y el futuro de la democracia", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 21, 1994.

SABAN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

-- "La corrupción política", en *Claves de razón práctica*, nº 19, 1992.

TURONE, Giuliano, "La Europa de los capitales y las fronteras de la acción penal", en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho*, cit.

VOGELWEITH, Alain y VAUDANO, Mario, *Mains propes, mains liées. France-Italie: la leçon des affaires*, Austral, Paris, 1995.

ZANCHETTA, Pier Luigi, "Tangentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales", en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho*, cit.

UNA NUEVA MIRADA PROCESAL A LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEY 1306 DE 2009 Y LEY 1346 DE 2009 (CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD)

Francisco alirio serna aristizabal¹

Análisis

1 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho de Familia de la misma universidad; Magister en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana y Especialista en Derecho Laboral y Privado de la misma universidad; Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Civil y Responsabilidad Civil de la Universidad Autónoma Latinoamericana; Profesor universitario en pregrado y posgrado. Actualmente ejerce como Juez Primero de Familia de Oralidad de Itagüí.

RESUMEN: El presente texto, es un análisis de la Sentencia T – 684 de 2014 en la cual, la Corte Constitucional se pronuncia sobre los derechos de una mujer que luego de ser sometida a una cirugía quedó en estado vegetativo y con una discapacidad mental absoluta que la inhabilitó para ejercer cualquier trabajo, no solo físico sino también mental, lo que encuadra en el derecho sustantivo en una mujer con discapacidad mental absoluta a la luz de la ley 1306 de 2009 (Nuevo régimen de guardas, tutelas y curatelas).

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad, Corte Constitucional, Ley 1306 de 2009.

ANÁLISIS

Cuando se producen cambios en los ordenamientos jurídicos, dichos cambios afectan todas las estructuras que se relacionan con ellos, como los operadores de justicia. Por esto es importante que desde la Red Interuniversitaria del Derecho Procesal y de la Justicia analicemos dichos cambios y los hagamos conocer a los estudiosos del Derecho Procesal.

La sentencia de primera instancia, que dio origen al pronunciamiento de la Corte Constitucional, fue dictada por el suscrito, quien hace parte activa de la Red.

En este análisis acompañamos la sentencia de la Corte Constitucional en la cual se da al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- la orden de hacer conocer esa decisión a todos los jueces y tribunales de la República de Colombia que sean competentes en procesos de jurisdicción voluntaria en este tema específico. La Red considera que no solo la deben conocer todos los jueces y magistrados sino también todos los que de una u otra forma interactuamos con el derecho, por el gran aporte que esta decisión da al derecho procesal.

El asunto sometido a conocimiento de la justicia da cuenta de una mujer que luego de ser sometida a una cirugía quedó en estado vegetativo y con una discapacidad mental absoluta que la inhabilitó para ejercer cualquier trabajo, no solo físico sino también mental, lo que encuadra en el derecho sustantivo en una mujer con discapacidad mental absoluta

a la luz del la Ley 1306 de 2009 (Nuevo régimen de guardas, tutelas y curatelas).

El proceso comienza como un proceso de jurisdicción voluntaria, iniciado a instancias de su esposo como padre de dos hijos menores. En dichos procesos el juez debe escuchar a los familiares cercanos del presunto discapacitado para lo cual fueron citados sus padres, quienes al comparecer al proceso se opusieron a que el esposo fuera designado como guardador de su hija, por cuanto esta era sometida a maltrato verbal y sexual y, además, era vigilada las veinticuatro horas del día por una cámara que este instaló al frente de su cama, lo que violaba flagrantemente su derecho a la intimidad. Sumado a esto, el esposo les prohibió a sus suegros visitar a la enferma en su cama, lo que ocasionó trámite por violencia intrafamiliar y como medida de protección se les permitió a los mencionados realizar diariamente visitas cortas durante las cuales su hija lloraba y reclamaba estar al lado de su madre y salir del lado de su esposo e hijos. Después de tramitar el periodo probatorio, el juez constató en presencia de la trabajadora social y el siquiatra que era la libre voluntad de la mujer estar al lado de su señora madre.

En la sentencia de primera instancia el juez consideró que, dada la condición de discapacidad y de mujer, cumplir su deseo era lo mínimo que podía hacer para aliviar su dolor y, por otro lado, dejar la representación judicial en cabeza del esposo. Decisión que fue apelada por el cónyuge quien pidió que su esposa quedara a su cuidado, reclamo que tuvo eco en el Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la sentencia en lo relativo a la discapacidad mental absoluta y en cuanto a que la representación judicial quedara en manos de su esposo pero revocó lo relativo a los cuidados en cabeza de su señora madre, porque esa decisión afectaba un principio constitucional según el cual los hijos tienen el derecho a crecer en el seno de la familia y la decisión del juez de primera instancia atentaba contra dicho principio.

Esa decisión fue recurrida en acción de tutela por la madre de la discapacitada ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por la violación de varios derechos fundamentales. La Corte Suprema decide no tutelar con el argumento que la madre de la discapacitada no había apelado la decisión del juez de primera instancia y por lo tanto no

estaba legitimada para recurrir en acción de tutela, argumento ilógico y desprovisto de técnica procesal, toda vez que la madre de la discapacitada no podía apelar en razón de que el juez le había concedido su petición.

Afortunadamente para la madre de la hija discapacitada, la Corte Constitucional decidió revisar la acción de tutela para crear jurisprudencia en torno al tema de respeto por la voluntad en las personas con discapacidad mental absoluta y para ello se auxilió pidiendo concepto de personas expertas y especializadas en la materia. Luego de practicadas las pruebas la Corte Constitucional decidió revocar la decisión de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, decidió tutelar y ordenar al Tribunal Superior de Medellín dictar una nueva sentencia confirmando la decisión del juez de primera instancia y respetando la voluntad de la discapacitada de permanecer al lado de su señora madre.

La aclaración de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva les hace notar a sus compañeros de sala que la Corte Constitucional con este asunto debió detenerse a estudiar la discriminación en razón de género que también sufrió la agenciada porque aunque la Corte incluyó un párrafo aislado sobre la doble condición de discriminación que se predica de ella, el caso se enfocó más en la especial protección que deben recibir quienes se encuentran en condición de discapacidad mental. Se duele el Magistrado de que se haya perdido una valiosa oportunidad de profundizar sobre el fenómeno de la violencia contra la mujer en el marco de las relaciones familiares.

Nos queda pues a los estudiosos del derecho una advertencia por parte de la Corte Constitucional de que hay una tarea pendiente y es el análisis serio y completo del fenómeno de la violencia contra la mujer en el marco de las relaciones familiares.

Esta sentencia nos llama fuertemente la atención de cómo en la aplicación del derecho olvidamos aspectos fundamentales y garantías de los ciudadanos que el derecho internacional ha regulado y que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que han sido aprobados por nuestro país mediante leyes internas.

También vale la pena destacar que en este tipo de procesos se involucran garantías constitucionales y que al momento de analizarlos

es necesario revisar todo el marco normativo que corresponde. Para este asunto en particular era necesario tener en cuenta las siguientes normas: el artículo 13 de la Constitución Política, la Ley 361 de 1997, la Ley 762 de 2002, la Ley 1306 de 2009, la Ley 1346 de 2009, y la Ley 1618 de 2013; normas nacionales e internacionales sobre discapacidad.

La garantía al debido proceso es más que una fórmula vacía, es hacer efectiva y viviente la satisfacción de las aspiraciones de todos los ciudadanos que esperan ser tenidos en cuenta, escuchados y sobre todo garantizados en cada una de las áreas del derecho y en todos y cada uno de los derechos que la Constitución les otorga.

Vale la pena preguntarnos qué tan efectiva, eficiente y eficaz es la protección de dicha garantía en nuestro país y qué tan satisfechos se encuentran los ciudadanos con la forma en que la Justicia les ha protegido su derecho y garantía al debido proceso.

Sin duda, esta sentencia se convierte en un hito no solo en el tema de discapacidad sino también en hacer efectivo el debido proceso que reclaman los ciudadanos.

Es así como habíamos considerado a la persona en discapacidad como un sujeto al que el derecho le quitaba no solo su representación de actuar ante la ley y el derecho, sino también como una persona a la que poco o nada se le tenía en cuenta su querer o la manifestación de sus aspiraciones como ser humano. Esta sentencia nos recuerda que el discapacitado tiene un plexo de derechos que se le tiene que proteger y por tanto en esa corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado es necesario tener en cuenta sus aspiraciones, sus gustos y hay que rodearlo para que su situación, ya de por sí difícil, sea más llevadera. Así mismo, sobre todas las cosas, cuando ello es posible, hay que respetar su voluntad y autonomía, considerando de suma importancia escuchar sus opiniones en torno a lo que ellos quieren y les conviene o no.

Esta sentencia cambiará el paradigma que habíamos tenido en Colombia en el régimen de discapacidad y nos lleva a una nueva visión de la normatividad aplicable a este tipo de procesos.

Pero, como lo habíamos reseñado, esta sentencia nos pone sobre alerta en un tema que hoy está en la agenda jurídica y política de nuestro país: la discriminación y la violencia de género. Nuestro país avanza en este tema y se hace necesario evidenciar, regular y buscar una respuesta efectiva a todos los casos de ciudadanos que se encuentran en estas condiciones. Claros ejemplos de ello los encontramos en varias decisiones de la Corte Constitucional que debemos estudiar y analizar.

Es así como en esta decisión se puso en evidencia una doble discriminación relativa a una mujer en situación de discapacidad pero además violentada en el seno de su núcleo familiar. Esperamos que esta sentencia sea un aporte para todos los ciudadanos y se cumpla el fin que la Red persigue y es hacer cercano a todos los ciudadanos el derecho procesal, lograr una pedagogía de las garantías constitucionales y la construcción de un país mejor.

Hacer realidad los derechos de los ciudadanos y todas las herramientas que tanto nuestra Constitución como las leyes internacionales han construido a lo largo de la historia solo es posible cuando desde estas tribunas hacemos conocer decisiones como la que acá estamos reseñando. Sin duda alguna, este aporte permitirá que el cambio se haga realidad.

ENFOQUES INTERDISCIPLINARES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: ENTRETEJIDO SISTÉMICO JURÍDICO DE LA RACIONALIDAD EN LA EVOLUCIÓN DE LA NORMA¹

Astelio Silvera Sarmiento²
 Vicky María Rosales Pertuz³
 Sebastián Arboleda Cardona⁴
 Adriana Arboleda López⁵
 Jorge Manuel Marín Anguila⁶

-
- 1 El presente artículo es el resultado de la colaboración de los estudiantes de convenio Universidad Del Atlántico y la Universidad Autónoma de Bucaramanga, integrados al semillero de egresados del grupo de Investigación Perspectiva Constitucional de la Función Administrativa de la Universidad del Atlántico, Cienticol COL0162272, en colaboración investigativa e interdisciplinar con los Grupos de investigación DERECHO, JUSTICIA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO COL0088246, Corporación Universitaria Americana, el grupo de investigación GRIDE de la Corporación Universitaria Lasallista
- 2 Abogado – Universidad del Atlántico. Magister en Educación. Docente investigador (JR), Magister en Educación Universidad del Atlántico – SUE Caribe (Barranquilla). Doctorando en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar (Barranquilla). Maestrante en derecho penal Universidad Simón Bolívar (Barranquilla). Consultor Lawyers Corporation SAS. Consultor de Proyectos de Desarrollo Sostenible. Docente tiempo completo ocasional de la Universidad Del Atlántico. Mail: genionet@hotmail.com
- 3 Abogada (Universidad Del Atlántico), Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Empleada de La Rama Judicial Especialidad Civil
- 4 Abogado de la Universidad de Medellín (2012). Especialista en Derecho Comercial Universidad del Rosario (2014), Candidato a Magister en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías (2015), Docente Director del Consultorio Jurídico Lasallista del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Educación de la Corporación Universitaria Lasallista. Docente investigador, miembro del grupo de investigación en derecho GRIDE de la Corporación Universitaria Lasallista. Correo: searboleda@lasallistadocentes.edu.co.
- 5 PhD en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Posdoctoranda en Ciencias de la Educación con enfoque Complejo y Transdisciplinar. Directora del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Lasallista. Directora del grupo de Investigación GRIDE. Correo: adarboleda@lasallista.edu.co
- 6 Abogada (Universidad Del Atlántico), Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Empleada de La Rama Judicial Especialidad Derecho de Familia

Introducción • Medidas cautelares: fundamentación teórica, epistémica y metodológica de la norma • Concepto de medida cautelar • Materiales y métodos • Desarrollo y conclusiones • Teleología de la medida cautelar: normativa y social • Metodología normativa para la incorporación procesal de la medida cautelar • Sistema de responsabilidades, cargas y funciones de los sujetos procesales • Sujetos procesales y factores inherentes de las medidas cautelares • Cargas y funciones de las medidas cautelares • Funciones de las medidas en los procesos civiles • Proceso de validez, eficacia y función social de la medida cautelar en Colombia • Validez de la norma • Ambito de contradicción de la medida cautelar • Conclusiones y recomendaciones • Referencias

RESUMEN: En el presente ensayo tiene como objeto desarrollar una reflexión acerca de las medidas cautelares, analizadas desde la perspectiva del procedimiento civil colombiano frente a las innovaciones del Código General del Proceso, por cuanto el análisis de su importancia, naturaleza, fundamento, función, clases, estarán ligadas a una visión clara de su finalidad y aplicación práctica en la vida jurídica. **Objetivo.** De este modo precisamos necesario establecer la naturaleza jurídica, clases, alcances y tramitación de las medidas cautelares observando la responsabilidad de los sujetos procesales e intervinientes. **Discusión.** Así las cosas, entenderemos las medidas cautelares desde finalidad instrumental en el transcurso del tiempo judicial. Su importancia radicará en la acción identificada como ineficaz para cumplir la función que se le encomienda en un Estado Social de Derecho: teniendo en cuenta la necesidad de poner fin a los conflictos surgidos entre los ciudadanos. **Metodología.** Teniendo en cuenta que el tópico a tratar ha sido objeto de innumerables pronunciamiento no solo legislativo sino también a nivel jurisprudencial y doctrinal hasta la puesta en escena del Código General Del Proceso, es importante establecer como pilar esencial las diferentes nociones y teorías formuladas por unos y otros, a fin de poder estructurar una postura crítica a partir de la ley 1564 del 2012, teniendo en cuenta el enfoque epistemológico planteado y sus grados de asociatividad. **Conclusiones.** En consecuencia, se estudiarán las medidas cautelares desde su importancia, naturaleza y relación con la finalidad y aplicación práctica en la vida jurídica desde una postura crítica y propositiva

PALABRAS CLAVE: medidas cautelares, racionalidad jurídica, entretejido complejo

KEYWORDS: precautionary measures, legal rationality, complex interweaving

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor del Código General del Proceso (CGP), se incorporan acciones que suplen las deficiencias visibles del Código de Procedimiento Civil de 1970, dadas las condiciones de fondo que proyectaban los principios procesales dentro de la acción civil y su proceso de incorporación a la sociedad. Así las cosas, el establecimiento de lineamientos incuestionables e ideologías solidas en el proceso, algunos elementos como las medidas cautelares, giran su campo de visión hacia la garantía y la eficiencia del proceso judicial (Arboleda, 2014).

En este sentido, es necesario estimar la oralidad como principio orientador de las actuaciones procesales civiles, de familia, agrario y comercial, lo cual implica la incorporación de un análisis desde los elementos constitutivos del proceso; tal es el caso de las medidas cautelares, razón por la cual los despachos judiciales deben asumirlas (medidas cautelares y despachos comisorios), con un carácter permanente, dadas la necesidad de prever la desnaturalización, producto de la duración indefinida de las medidas y la provisionalidad de las soluciones de fondo.

Estos supuestos van de la mano de las previsiones del Derecho internacional del derecho privado, desarrollado por la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (OEA, 1979), la cual reza:

“Para los efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”

De esta manera, se reivindica el papel de rama judicial y sus autoridades en cuanto a valoración de las medidas, su cumplimiento, inscripción y ejecución, en el sentido de la garantía de derechos y obligaciones. No obstante, algunos de estos sistemas de protección se inclinan más por el

derecho penal (CPI), pero su naturaleza reviste un sentido de pertenencia y de control de garantías en el derecho civil, de familia y agrario, dadas las circunstancias de igualdad ante la ley dentro de todo proceso jurídico.

En consecuencia, la estructura del proceso civil, en cuanto a las medidas cautelares debe, a futuro, mantener la línea de desarrollo y sustentabilidad, proyectarse dentro del proceso y fuera de este, hacia el plano de la acción y conjugación dispositiva, lo cual permitirá un derecho garantista y mejorarlo.

MEDIDAS CAUTELARES: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA, EPISTÉMICA Y METODOLÓGICA DE LA NORMA

CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

Las actuaciones o decisiones, pretenden proteger la integridad del proceso, sin llegar a prever el resultado final del litigio, expresando la acción equilibrada del órgano de la administración de justicia, que se asume en plenos efectos para los interesados y/o partes del proceso, en la medida en que exige la concurrencia de requisitos expresos apariencia de buen Derecho y el peligro/riesgo por el paso del tiempo (Corte Constitucional de Colombia S. C-379/04), de donde se desprende el contenido natural de la medida cautelar, razón por la cual su protección promueve la seriedad y justicia del proceso, en ámbitos de derecho y garantía constitucional.

Este carácter instrumental de la medida (Corte Constitucional S- C431 de 1995), proviene de la institución romana del “*actio sacramentum in rem*”, en donde la cosa (esclavo) era dada en posesión transitoria a uno de los litigante para dar curso al proceso sin afectar su uso. Así mismo, el “*actio per conditionem*” (Bernard, 2001, p. 209), referidos al patrimonio del deudor en el curso del proceso, así como la “*manus iniectionis*” de parte de la ejecución pecuniaria. No obstante, el sistema moderno, exige a este estadio judicial, la incorporación de criterios de estricto cumplimiento, capaces de revestir las decisiones de alcances significativos en cuanto a la vulnerabilidad de los sujetos procesales y la garantía de sus derechos fundamentales (legalidad de la medida)

Estos conceptos son visibles en las legislaciones Latinoamérica que tienen influencia de la española, a manera de ejemplo vemos como

“en la exposición de motivos de la novísima ley de enjuiciamiento civil de España (1/2000 del 7 de enero de 2000), con énfasis al art. 24 de la Constitución española, que confiere el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos” (Martínez, 2002, p. 4),

Por cuanto la aceptación generalizada de la cautela por parte del juez, cuando se trata de garantías de procesos, en los que intervienen circunstancias predecibles o caracteres subjetivos que afectaran el rumbo de la decisión, fundamento de la tutela judicial efectiva moderna (Silvera, Arboleda & Saker, 2015).

De este modo, “cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee” (Alcalá-Zamora, 1944: 249). En consecuencia, se concibe una filosofía capaz de desarrollar una línea fundamental de orientación hacia la justicia, en donde los códigos procesales contemplan mecanismos de soporte frente a eventuales derechos inter partes (demandante-demandado) como estrategia de lucha contra la colusión procesal, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso (Marín, 2005, p. 7).

De tal suerte, medidas cautelares implica entonces, la puesta en escena de acciones para la garantía de los derechos y obligaciones en el ámbito de las contingencias procesales.

En este sentido, encontramos que se refieren a

“decisiones que adopta el juez, para prevenir contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, los bienes y los medios de prueba mientras se inicia y adelanta el proceso, con el propósito de asegurar la efectividad de la resolución que se adopte” (Hernández, 2008, p. 257)

Por cuanto, la acción jurídica estará protegida por criterios de necesidad y eficacia de la medida, razón por la cual su carácter protector reviste la acción y la decisión, conforme criterios ontológicos y

metodológicos del proceso civil. En esta línea, Carnelutti (1944, p. 387) propone que “es ante todo una decisión de oficio que trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se defina el derecho en litis”.

Por otra parte, desde la mirada local, la Corte Constitucional se ha pronunciado afirmando

“el decreto de medidas provisionales, antes de que se tenga certeza jurídica sobre la existencia de la obligación que se pretende proteger, normalmente no tiene alcance para vulnerar el derecho fundamental al debido proceso ni ningún otro derecho como el de propiedad “porque la medida cautelar por sí misma, si bien limita los poderes de disposición, uso y disfrute de su titular durante el trámite del proceso, no tiene la virtud ni de desconocer ni de extinguir el derecho (Cfr. sentencia C- 485 de 2003)” (Corte Constitucional, Sentencia SU-913/09)

Esta condición, de naturaleza jurisdiccional, supone un carácter de esperanza de hacer real un derecho ilusorio de carácter formal, lo cual implica el aseguramiento del estado de las cosas. Esta construcción teórica reviste su naturaleza dispositiva de instancia de parte (principal o reconventional), y su contexto de responsabilidad especial, siendo necesaria la plena certeza de la incursión de estas como medida de protección de los futuros desenlaces del proceso.

No obstante, es importante señalar la responsabilidad, cuyo carácter de doble vía, implica la puesta en escena de la condición de agente impulsor de quien la solicita, so pena de generar detrimento en el patrimonio de quien se le práctica, debido a las alteraciones de las situaciones jurídicas de bienes o servicios que son de suyo, complementarias del patrimonio esencial del sujeto procesal vinculado (Corte Constitucional, S. C-840/01).

En este sentido, Toribios y Velloso (2010, p. 370) consideran “más allá de la simple invocación, exige una justificación”, razón por la cual la argumentación, datos y justificación de las medidas, así como su intensidad, concurren al supuesto de hecho que se trate dentro del proceso y garanticen una solución afincita y justa para ambas partes.

De tal manera, algunas tipologías de medidas cautelares promueven la incorporación de acciones efectivas dentro del proceso, según la naturaleza del objeto litigioso. Así las cosas, las medidas genéricas (bienes y derechos, sobre la persona) y las específicas (embargos preventivos, depósitos de muebles, suspensión de acuerdos entre otros) implican la conjugación de contenidos (Objetivos y subjetivos) dentro del proceso y adyacentes a las medidas.

Todo este andamiaje de taxatividades, fruto del evolucionismo del Código procesal de 1970, imprimen en el proceso civil una contundencia que imbrica los elementos sociales que la modernidad exige para su desempeño formal.

En consecuencia, al partir de la consideración de la medida cautelar, entendida como “las decisiones que adopta el juez para revenir las contingencias que pueden sobrevenir sobre las personas, los bienes o los medios de prueba mientras se adelanta el proceso, con el propósito de asegurar la efectividad del resultado de este” (Hernández, 2008, p. 257) nos ubicamos en su carácter precautorio, cuya naturaleza se inclina exclusivamente a la posibilidad de anticipar la protección de bienes y garantías de cumplimiento procesales.

En esta misma línea, López B. (López, 2004, p. 1054) comenta “en el evento en que se permitan las medidas cautelares, que el juez estime pertinentes, opera la taxatividad”, de tal suerte, se requieren de condiciones mínimas, para su desempeño y se incorporan al proceso en virtud del mandato expreso de su pertinencia y necesidad para la garantía procesal.

Igualmente, es necesario examinar la conducta del operador jurídico en su ser, toda vez que utilizará su propio criterio para la aplicación de la medida cautelar, que aunque amparado en los criterios de pertinencia y necesidad de la medida cautelar para el caso específico, él hace uso de su racionalidad como criterio decisorio, por tal motivo, ineludible es que el juez tenga una estructura basada en la virtud de la prudencia.

Es menester que los operadores jurídicos cuenten con un código de ética para las actuaciones y trámites procesales como se refiere la Doctora

Adriana Patricia Arboleda, el abogado colombiano cuenta con su código deontológico establecido en el decreto 196 de 1971, sin embargo uno de los vacíos trascendentales que se presenta es la ausencia de un modelo regulador de la aplicación de los principios básicos de buenas costumbres que deben ser aplicables a los operadores jurídicos. (Arboleda, 2015, pág. 41)

Sobre las virtudes éticas que deben tener los profesionales del derecho, se entiende la virtud como el hábito que hace el bien en las acciones de los seres humanos y que requiere de la prudencia para desarrollar los actos justos (Garcés y Giraldo, 2013a, p.165).

La virtud, de acuerdo con el pensamiento aristotélico, es un término medio, relativo a nosotros, regulado por la recta razón como lo haría un hombre prudente. La virtud se relaciona directamente con la forma de actuar de las personas, estas actuaciones o acciones deben conducir a un bien y este debe ser generador de felicidad en el hombre. (Garcés y Giraldo 2013b, p. 181).

Se plantea la prudencia como virtud intelectual que por excelencia debe identificar además al operador jurídico, toda vez que esta virtud se refiere a la recta deliberación de la actuación humana (Garcés y Giraldo, 2013b, p. 164).

Es así como se plantea que la función del prudente consiste, sobre todo, en deliberar rectamente, y nadie delibera sobre lo que no puede ser de otra manera, ni sobre lo que no tiene un fin, y esto es un bien práctico. El que delibera rectamente hablando en sentido absoluto es el que es capaz de poner la ira razonablemente en lo práctico y mejor para el hombre. (Aubenque, 2010, p. 106).

MATERIALES Y MÉTODOS

El presente trabajo se enmarca dentro de la metodología cualitativa, investigación documental, según la cual, la revisión de archivos (información numérica y no numérica) y el análisis de contenido, se convierten en técnicas fundamentales para comprender el significado de

las situaciones de tensión alrededor del objeto de estudio frente a la vida cotidiana.

Para su puesta en marcha, se desarrolla una micro-investigación de aula, mediante trabajo cooperativo y colaborativo, basado en análisis jurisprudencial y de contenidos, desarrollado como parte del proyecto de implementación de Metodologías Interdisciplinarias en Programas de Derecho, en el marco de la gestión interinstitucional de la investigación y el desarrollo pedagógico jurídico interdisciplinar (Meza, et. al, 2015, p. 163).

En el primer escenario se diseñó la investigación (definición del tema, delimitación conceptual, temporal y espacial), articulando una revisión de estudios y de literatura relacionada que permita establecer qué se ha dicho sobre el tema propuesto, desde qué punto de vista y con qué resultados. Consecuentemente, se sistematizaron los resultados de dicha búsqueda, gestionando los saberes y las dinámicas jurídicas de las diferentes instancias.

Así mismo, se desarrolló un proceso de triangulación entre las prácticas judiciales y la implementación de normas sustantivas, se realizó la búsqueda y selección de información, lo cual exigió el rastreo e inventario de los documentos existentes y disponibles, y de las fuentes complementarias, en bibliotecas, centros de documentación. Por lo tanto, para realizar esta investigación se concentró la mirada en la situación problema planteada y, en sus contextos particulares, sus singularidades y sus tipologías.

DESARROLLO Y CONCLUSIONES

Teleología de la medida cautelar: normativa y social

Es importante señalar el carácter instrumental de las medidas cautelares, debido a su condición accesoria al proceso judicial, en atención a que por sí solas no revisten sentido alguno ni generan expectativa respecto a derechos y obligaciones de su objeto.

Así pues, su mutabilidad responde a las condiciones y derechos que se pretendan garantizar, so pretexto de caer en errores interpretativos y acciones de abuso de derecho o abuso de poder (dependiendo del sujeto que las incorpore al proceso).

De tal suerte, su provisionalidad les deviene la capacidad de permanecer mientras se tenga por cierto el riesgo o la situación de peligro, razón por la cual su resolución rápida y eficiente confiere un valor procesal efectivo al momento de proferir decisiones o definir situaciones de mérito.

Todo este entramado, revela la existencia de una obligación legal de incorporar acciones de garantía, al respecto Monroy G, (1996, 2012, p. 85) señala como

“la norma procesal –expresión concreta del derecho procesal- es de derecho público. Esta afirmación nos conduce a otra que suele ser repetida en los considerando (fundamentos) de las decisiones judiciales [...] Hay algunas normas procesales que regulan opciones a efectos de que los interesados decidan la actuación más pertinente a sus intereses, en tal condición no pueden ser de orden público, sin embargo, por tal hecho no dejan de ser normas procesales, es decir, de derecho público”.

De este modo, su carácter taxativo, conforme al Código de Procedimiento Civil (CPC), promueven la limitación de la carga de uso y abuso de este derecho, razón por la cual su contenido previo, permitirá al operador judicial y al litigante activarlas para proteger sus derechos, deberes e intereses, según su naturaleza.

A manera de ejemplo, tenemos como a la luz de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares fueron fortalecidas para proteger la efectividad de la sentencia, lo cual no implica prejuzgamiento y, por el contrario, busca materializar la tutela judicial efectiva (Tribunal Administrativo de Boyacá, Boletín No. 43).

De este modo, su relación directa, y necesidad reportan en el proceso civil un criterio de congruencia en las decisiones y en los actos procesales. No obstante, su naturaleza (clase, procedencia), se estima conveniente para el fortalecimiento de la legalidad (presunción) de los actos civiles

y agrarios, así como de las consecuencias de su revisión. Acceder a ellas entonces, implica tener el derecho a utilizar medidas cautelares suficientes para asegurar el cumplimiento real y efectivo de lo que se concrete en la sentencia (ICDP, 2012, p. 1).

En algunos países como Chile, estas medidas corresponden a resoluciones judiciales motivadas o fundadas que se adoptan para provisionalmente limitar o restringir su libre administración o disposición de sus bienes, con el fin de asegurar o garantizar el cumplimiento efectivo de los efectos penales y civiles de la sentencia.

Así mismo, legislaciones un poco más trasegadas como la Española, demuestra ser el espontáneo desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución española de 1978; sin embargo en estos ámbitos, la

Medida cautelar por excelencia se ha desarrollado en el Derecho Administrativo (suspensión de los efectos del acto o resolución administrativos).

Metodología normativa para la incorporación procesal de la medida cautelar

Teniendo en cuenta la estructura del proceso moderno⁷, las medidas cautelares se configuran en un elemento de garantía al momento de establecerse la necesidad de elaborar un litigio jurídico complejo, alejado de la etapa de conciliación, en la cual las obligaciones se convierten en expresas, claras y exigibles y de ánimos comunes de resolución, tal es el caso de los procesos ejecutivos en donde se estima debe ser ágil el proceso y se debe tender a eliminar el prestar caución.

Este tipo de comportamientos, revela el respeto por las garantías procesales incorporadas en la Constitución Política de 1991, que

7 Procedimiento demanda y contestación; audiencia de conciliación, saneamiento y control de legalidad, interrogatorio de partes, fijación de hechos y decreto de pruebas; práctica de pruebas, alegaciones y sentencia

pretende dar respuestas desde la administración de justicia a los posibles escenarios de paz y reconciliación, sobre la base de la estrecha relación entre la naturaleza misma de las garantías, los derechos y los deberes entre y para los ciudadanos.

De este modo, la unificación de criterios (tendencia moderna) desde una coherencia sistemática y compleja de las dinámicas y entretrejos sociales que movilizan la carga probatoria y la incorporación de medidas dentro del proceso, conjugan las jurisdicciones civiles, comerciales de familia y agraria, como respuesta a la articulación y triangulación de sistemas de responsabilidad en el ámbito de la resolución eficiente de controversias.

En este orden de ideas, al lograr el robustecimiento del catálogo de medidas cautelares con una medida innominada, se garantiza el cumplimiento de los fallos, así como un desarrollo jurisprudencial de precedente, capaz de llevar a buena mar la teoría social, constitucional y legal colombiana. Todo ello, hará que Colombia supere los estándares mínimos que ha manejado en el *Doing business* (2013), posicionando la justicia nacional como escenario de mediación latinoamericana.

Ahora bien, este cuerpo normativo, incorporado en el CGP, da cuenta de la realidad de la partes y permite redistribuir las cargas, desde la dinámica de los valores, las funciones, los bienes y la función que cumple cada uno de los sujetos y objetos intervinientes del proceso.

Dada la condición incorporada por el artículo 42 del CGP (Legis, 2013), la celeridad del proceso es un requisito formal para la consecución de una justicia eficiente. De tal modo, la adopción de medidas conducirá a impedir que se paralice el proceso respecto de futuras situaciones de facto, que perjudiquen a cualquiera de las partes, generando una economía procesal y un resultado coherente.

Todo esto se refleja en la igualdad de las partes, por cuanto se pueden oficiosamente pedir y practicar pruebas, así como se estimara conveniente la garantía de costas y responsabilidades de las partes por intermedio de medidas cautelares. Sin embargo, algunas jurisdicciones hacen de este criterio un medio necesario para su desarrollo efectivo, a fin de garantizar

la indemnización completa de los potenciales daños futuros que pudiera sufrir la parte contraria.

Así, a partir del desarrollo del artículo 588 CGP, las medidas cautelares se comportan de manera sistémica revelando la necesidad de intervención activa del juez. Dadas estas circunstancias, los procesos declarativos, de familia y agrarios, promoverán la celeridad de la resolución de dichos recursos, teniendo en cuenta la justificación de la medida, su carácter necesario, su nivel de riesgo procesal o material (social) y la apariencia de derecho, determinando la situación fenomenológica y comercial de bienes y sujetos procesales.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento y notificación de medidas cautelares, se estima necesaria la remisión de oficios y despachos para el cumplimiento de las medidas, con la simple entrega a la parte interesada, eliminando la condición de que sólo era viable cuando se le hubiese notificado el auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo (Cf. Corte Constitucional, S - 489 de 2006), este sistema de desarrollo procesal, permite ampliar al litigio y asume la interposición de cualquier recurso como acto que no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada, asumiendo que todo recurso que se promueva se entiende en el efecto devolutivo.

Se considera oportuno para materializar el intervencionismo, la argumentación, la eficacia, la celeridad y la necesidad de la medida cautelar consolidar el un papel activo del juez, a través de la implementación de las herramientas tecnológicas puede ser el mecanismo idóneo con fines de alcanzar una comunicación asertiva entre las partes en busca de la democratización de la función administrativa.

La democratización de la función administrativa del Estado puede ser entendida cómo la participación de la ciudadanía en los procesos administrativos y el acceso a la información que generen niveles de transparencia y, por ende, respeto a la garantía fundamental del debido proceso y desde la administración, como herramienta que permite identificar que una de las preocupaciones de la Administración Pública

bajo el sometimiento total a las garantías fundamentales de los derechos humanos es poder lograr niveles de legitimación de las medidas tomadas.

Asimismo, Colombia aceptó las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en Estrategias de Gobierno Digital, que insta a los gobiernos a adoptar enfoques más estratégicos para un uso de la tecnología que los impulse a ser más abiertos, participativos e innovadores, a través de acciones tales como el diseño de lineamientos para permitir, orientar y fomentar el uso y re-uso de la información pública, aumentar la apertura y la transparencia, incentivar la participación del público en la elaboración de políticas, proporcionar datos oficiales oportunos y confiables, y gestionar los riesgos de uso indebido de datos, así como aumentar la disponibilidad de los datos en formatos abierto". (Mojica, Barandica, Rodero, Montenegro, Hernández y Arboleda, 2015)

Por otro lado, encontramos que en la medida de embargo y secuestro de bienes (Art. 593), cuyo objeto es evitar la insolvencia del deudor, en este sentido Jorge Blanco y otros sostienen que el embargo corresponde a "la actividad procesal mediante la que se persigue la individualización de bienes o derechos determinados del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución, para, con su producto, llevar a cabo el pago al acreedor" (Blanco. 2005, p. 113), de tal manera, las facultades dispositivas del ejecutado quedan limitadas por la posibilidad de desconocimiento de la medida por un tercero, muy a pesar de que no constituye un derecho real sobre el bien, si influye en la capacidad de atracción del bien frente a terceros interesados.

En consecuencia, las medidas cautelares tienen por finalidad la seguridad del solicitante frente a lo ordenado, para garantizar el cumplimiento de la sentencia y su ejecución. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo.

No obstante, debe tenerse en cuenta no caer en condicionamientos peligrosistas en cuanto al tiempo de ejecución de las medidas así como de su adjudicación y situación de solución frente a controversias, so pena de dejar sin garantías al demandado o al solicitante.

Sistema de responsabilidades, cargas y funciones de los sujetos procesales

Podemos observar como el proceso jurídico cumple una función social de resolución de conflictos y estabilidad del estado y de sus conciudadanos (Art. 8 CGP). Por tanto, la realidad del proceso se ve avocada a extraer de las partes (interrogatorio exhaustivo) con el objeto de establecer la naturaleza del conflicto y las posibles soluciones del mismo, toda vez que el papel activo del juez, adquiere un valor significativo en el momento de determinar las consecuencias de las medidas solicitadas y de la preferencia de los fallos provisionales (a-quo) y en firme (ad-quem).

Dentro del contexto del proceso judicial, encontramos como la carga de impositiva y de responsabilidad de la medida cautelar, implica la ejecución bajo circunstancias de funcionalidad y justificación efectiva de la medida y del derecho que se pretende proteger.

En este sentido Ottolenghi en Hinostroza (Hinostroza, 2002, p. 20) nos permite asumir como “la medida precautoria tiene por objeto asegurara las consecuencias del proceso mediante el mantenimiento de un estado de hechos o de derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales”, de donde se desprende la concreción de su naturaleza jurisdiccional, en donde se reviste a los bienes y derecho del deudor, de condiciones de remisión por fuera del comercio o de la actividad natural, declarándose adscritos a la satisfacción del crédito del acreedor.

Sujetos procesales y factores inherentes de las medidas cautelares

Advertir la incorporación de las personas, bienes y hechos al proceso civil y agrario, genera suspicacias alrededor de la necesidad de la declaratoria de medidas cautelares y otras pertinentes para garantizar la ejecutoria de la sentencia, así como de las garantías constitucionales de los intervinientes.

Algunos aspectos resultan, en términos prácticos, inherentes a los sujetos procesales, debido a la descripción legal de las medidas, lo cual

permite que el desarrollo natural del proceso, sea de manera autónoma celero y eficaz, no obstante la estructura de los recursos y de la petición de parte, promueve el espíritu de contingencia y solución de conflictos dentro del proceso civil y agrario, en razón a la disponibilidad de las piezas procesales y a las determinaciones de resolución de los conflictos por parte de los actores.

Así las cosas, toda intervención de sujetos (litisconsortes, accidentales, entre otros) pretenderá la ejecución favorable de la sentencia, pero su verdadera responsabilidad estará dada por las medidas cautelares que se profieran en virtud de su intervención, sean respecto a la persona, bienes o ganancias futuras que posea este.

Todo este andamiaje responde a los principios de democracia, participación, publicidad y elección judicial con independencia y autonomía, lo cual implica la aparición de sistemas de garantías sociales y legales capaces de establecer un equilibrio entre partes y la responsabilidad y riesgos que se derivan de la operación judicial.

Ahora bien, en cuanto al derecho procesal y su estructura natural, la pretensión procesal comercial supone rutas para soluciones contenciosas (sumarios, ejecutivos o arbitrales) en los que las características del derecho vigente, exigen soluciones prontas para sus conflictos y por eso se prescriben los cauces más expeditos (Villegas, 1988: 37)

Por tanto, todos estos aspectos, objetivos y subjetivos, permiten develar su naturaleza, la cual deviene que dichas medidas pretendan "garantizar que la decisión final pueda hacerse efectiva" (Mallma, n.d). Entre algunos ejemplos significativos semejantes en sistemas procesales, encontramos el boliviano, en el que se imprimen aspectos tales como la expectativa de derecho como resultado de la acción judicial, por cuanto se define que es un "acto procesal de tribunal plasmado en una providencia que tiende a mantener una situación jurídica, una expectativa o un derecho futuro con el fin de asegurar el resultado de la acción" (Quisbert, 2010, p. 156), razón por la cual se pueden presentar antes y durante la demanda, con el ingrediente especial de la (CPC, art. 156), así mismo el argentino, el chileno y el uruguayo, visibilizando la tendencia y confluencia constitucionalista y garantista del proceso civil latinoamericano.

Encontramos también, otro aspecto relevante inherente al sujeto procesal, la contradicción, de carácter bilateral, en la cual se establece una prohibición de que los jueces emitan decisiones sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídas los sujetos procesales. Sin embargo, algunas derivaciones perversas de procesos, pueden llegar a generar nulidades y consecuencias disciplinarias cuando la regla se rompe para privilegiar los intereses de alguna de las partes, generando un riesgo en el proceso.

Por tanto, la concreción de una decisión tardía, es la declaratoria de la medida, así como su inscripción y protocolización, por cuanto su dilación y reiterativa tardanza, puede hacer que los bienes perseguidos salgan del haber del demandado y se pierda la garantía, así como se genera una nueva instancia de parte en procesos alternativos para retrotraer efectos y regular las actuaciones (Ej. Simulaciones por ventas fictas o presuntas)

Cargas y funciones de las medidas cautelares

Algunos principios fundamentales del derecho procesal actúan desde la solicitud hasta la ejecución de las medidas cautelares, tal es el caso del principio de la efectividad de la tutela judicial, derivado del derecho español, el cual deviene la posibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva, e incluir la adopción por parte de los órganos jurisdiccionales competentes medidas tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso judicial iniciado (TC Español, Sentencia 14/1992)

La ampliación de las riquezas del inventario de medidas cautelares hace más eficiente el proceso al momento de garantizar el cumplimiento de los fallos.

Desde el punto de vista de la apelación de autos, se incorpora un acápite final (art. 351.5 CGP) describiendo “el que declare nulidad total o parcial del proceso y que niegue amparo de pobreza para dejar como apelable el que niegue el trámite de nulidad procesal y el que la resuelva”, desarrollado un sistema en el que no solo es apelable el auto que resuelva sobre una medida cautelar sino también el que fije el monto

de una caución para decretarla, impedirla o levantarla y el que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano

Dentro de la esfera de las obligaciones, algunas relaciones jurídicas comportan obligaciones de cumplimiento, por ejemplo, el pago de costas y honorarios, entre otros. Estas estructuras legales, poseen características tales como la emanación de normas procesales, públicos y emergen del proceso (consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina, o de su trámite).

Todo ello, estima existentes, cargas procesales por cuanto están sujetas a ejecutar actos propios del proceso, (oportunidad procesal, ejecutoria, designar un perito o un secuestre, entre otros) apuntalado en la gestión procesal y en la eficiencia de la acción jurídica eficiente para el logro el equilibrio social y económico, así como de las consecuencias que se derivan de las acciones y sus providencias.

Funciones de las medidas en los procesos civiles

Las medidas cautelares en el proceso civil colombiano posee un carácter determinante a partir de su admisibilidad. Así las cosas, las medidas cautelares revisten su carácter instrumental (consecuencia de un proceso), en la medida en que se define a partir del principio de desarrollo y extinción dentro de un proceso (petición de parte). De este modo, la medida cautelar se deviene accesoria, debido a que su componente jurisdiccional, no comporta una demanda de medida cautelar. No obstante, su carácter esencial, revela la su necesidad y complementariedad de los fallos, haciendo que su consideración, habida justificación y pertinente, como parte de un sistema garantista, siendo una función de garantía dentro del proceso civil.

Actualmente, se incorporan medidas innominadas, promovidas por el juez, de acuerdo a las condiciones del litigio, asegurando las demandas de los sujetos procesales, satisfaciendo las políticas de ley, sobre la base de la equidad y las garantías del riesgo sobre bienes y personas. Este componente innovador, pretende soportar las decisiones judiciales, apoyándose en la necesidad de suplir las insuficiencias de las tendencias

clásicas de garantías procesales (ver poder cautelar general de escuela española).

A manera de ejemplo, encontramos como medidas como, hablamos de embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados (nominadas) y de otras providencias que el juez puede decretar asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes (innominadas).

Así las cosas, las medidas cautelares nominadas, garantizan los resultados del juicio, y las innominadas, impide lesiones graves o de difícil reparación al derecho entre los sujetos procesales. De este modo, el análisis crítico y sistemático, inherentes a las medidas cautelares innominadas, permiten que el proceso civil y agrario, genere seguridad jurídica, social y económica dentro y fuera del proceso.

Proceso de validez, eficacia y función social de la medida cautelar en Colombia

En este momento, es importante mencionar, la importancia del aumento de medidas cautelares en procesos de conocimiento, así como del registro de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (Rojas, 2013). De esta manera, comporta la facultad de negarlas si considera que son improcedentes, innecesarias o desproporcionadas (*fumus boni juris*), por cuanto es necesario para la garantía de las decisiones y actuaciones prestar caución, so pena de incurrir en un fenómeno de ir razonabilidad cautelar.

Conforme a la identificación del poder cautelar y de dictamen del juez natural, se incrementa la discrecionalidad del Juez, facultándolo para aplicar justicia al caso concreto, desde ámbitos de equidad y justicia.

Así las cosas, el poder cautelar implica una potestad reglada y un deber de los jueces de evitar el daño y el riesgo probable, concreto y/o

inminente respecto a los perjuicios entre partes, con ocasión de los posibles detrimentos del sistema judicial al no haber garantías para ejecutar el fallo.

Esta capacidad de dictado de medidas preventivas, se establecen taxativamente por el legislador, con la variante anteriormente mencionada (innominadas), teniendo como conceptos bases, criterios de conveniencia y de oportunidad, en donde las sentencias aseguren un proceso, fallo y ejecución, así como la gestión de la promoción en la prevención de daños o lesiones irreparables o de difícil reparación a los derechos y garantías de los sujetos procesales.

En consecuencia podemos decir entonces, que esta característica de poder jurisdiccional es cautelar, en el sentido de la superación de las ilusiones procesales y de pretensiones sociales, económicas y garantistas entre los sujetos procesales. Así mismo, asume su carácter abstracto en el evento de tutelar las demandas de las partes procesales. De este modo, la tutela y garantía cautelar atípica, incorpora la designación de nuevas formas procesales de desarrollo de la garantía del derecho y el cumplimiento del fallo, en donde la lógica jurídica y del fallo, justifican la acción celera del juez y su determinación de resolución de conflictos entre la decisión y la persecución de recursos para su equilibrio.

VALIDEZ DE LA NORMA: ámbito de contradicción de la medida cautelar

En un marco de tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de contricción dispone la acción cautelar como medio de comisión y ejecución de derechos y cumplimiento de fallos judiciales.

En este sentido, es importante tener en cuenta la naturaleza de la medida y su carácter valido en el contexto de la garantía y del proceso mismo, teniendo por sentado aspectos como los que promueve Ugo Rocco (1959, p. 222) por cuanto afirma que

“puede venir un cambio en el estado de hecho y de derecho existente, de modo que pueda venir a mano o quedar sustraída a la realización del derecho

aquel conjunto de bienes que constituyen la garantía de los derechos que se hicieron valer en la vía de acción”

de esta forma, la solución de incertidumbre respecto al cumplimiento del mandato judicial, por tanto se promueve la consideración de un procedimiento especial de consignación sumaria, que sostenga el ajuste a ley y riesgo, las pretensiones de las partes.

Así las cosas, dentro de la estructura de bilateralidad o de contradicción, comportan el conocimiento de actos procesales del proceso a fin de poder intervenir y ejercer el derecho de defensa, un elemento estructural el “derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad.” (Alsina, 1956, p. 456), garantizando la posibilidad que puedan ejercer su derecho de defensa, debidamente reglado, sin que sea necesario para la validez de los actos procesales que el afectado intervenga o se pronuncie.

Cuadro. Comparativo de comportamiento de validez y eficacia en sistema procesal

Procedimiento Civil	Código General del Proceso
Código de Procedimiento Civil, artículos 321 y 331. Decreto 262 de 2000, artículos 7 numeral 25, 17 numeral 4°, 22 numeral 1°, 25 numeral 4°, 74 y 75 numeral 3°. artículos 682 y 686 del Código de Procedimiento Civil	Notificación: Art.298 CGP, Se notifica al demandado cuando la medida cautelar se ha cumplido
El trámite de este recurso se encuentra en el código de procedimiento civil a partir del artículo 350 al 362 Modificado por la ley 1395 de 2010 artículo 14: Está legitimado para ejercer este recurso la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable, por ejemplo: si la demanda se	Efectos de la apelación (Art.323 CGP):retiro de la demanda: Medidas cautelares practicadas(exige auto autorizando) Suspensivo: La competencia del a quo se suspende con excepción en el cumplimiento de medidas cautelares

Procedimiento Civil	Código General del Proceso
<p>rechaza, la persona legitimada, es decir, quien puede interponer el recurso es la parte demandante, quien es la que se ve perjudicada por el rechazo de la misma.</p>	
<p>Medidas cautelares en procesos ordinarios. Art. 690 del C.P.C: Aparte tachado del numeral 6. Declarado INEXEQUIBLE subrayado del numeral 8. del texto modificado por el Decreto 2282 de 1989 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-424-97 del 4 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía</p> <p>“la caución, definida en el código civil, significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”</p> <p>Cfr. artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social</p> <p>“En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que “en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen” (sentencia C-379/2004)</p>	<p>Procesos declarativos: [Art. 590. Vigente desde el 1/10/2012]</p> <p>La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás [Por conflicto de derecho real o pago de perjuicios]; (Solicitud, Decreto, Práctica, Modificación, Sustitución o Revocatoria)</p> <p>Incorporación de principios de Razonabilidad, proporcionalidad. Regla de ponderación</p> <p>Apariencia de buen derecho</p> <p>Las referencias al proceso ordinario y al proceso abreviado, contenidas en este Código, deberán entenderse hechas al proceso verbal, según lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1395 de 2010, publicada en el Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010</p> <p>Medidas cautelares: Cauciones</p> <p>Se presta Caución para su decreto [20% de las pretensiones]; El juez puede aumentar o disminuirla</p> <p>Se autoriza prestar Caución para cumplir o levantar la medida. Se puede pedir la sustitución de la cautela</p>

Fuente: Adaptación conferencia Actos procesales UPB

Por último, frente a la relación con otras jurisdicciones como la Contencioso administrativa, es importante que tengamos, en cuenta que del CPC, con observancia del artículo 561 a 568 (obligaciones fiscales), promueven procedimientos expeditos para la ganita de la jurisdicción coactiva, marcadas con la línea legal del proceso ejecutivo (mandamiento de pago, notificaciones, cauciones, medidas cautelares, excepciones, recursos, remate, liquidaciones, entre otros)

En este mismo sentido, frente a todas las competencias y jurisdicciones, también es importante señalar, como esta nueva orientación de la norma procesal civil comporta una mirada más objetiva en relación a la función social de la norma, específicamente de las medidas cautelares en Colombia

Es importante señalar como la seguridad jurídica en materia procesal, estructurada a partir del el Código General del Proceso, permite superar los escollos que se generaban en la dinámica de la discusión de los trámites ante la jurisdicción.

De esta manera, encontramos como aspectos como la tasación de la cuantía, resolución sobre el juramento estimatorio y simplificación de algunos trámites engorrosos, son consecución de la acción celera de una jurisdicción que por tradición es dilatoria y de meras expectativas respecto a la duración de los litigios.

Este proceso de depuración institucional, genera una estructura procesal que dispersa la discrepancia temporal confusa entre litigantes y aparato judicial, respecto a las acciones y desarrollo de los procesos.

Asi mismo, tener en cuenta con las cautelas son decretadas a petición de parte, por el Juez del conocimiento, quien sólo podrá comisionar para la práctica de éstas.

Por otra parte, los árbitros y las Autoridades Administrativas expresamente autorizadas por la ley podrán decretar cautelas (Art. 678 CGP), pero su práctica estará a cargo de los jueces o las autoridades de policía. Este tipo de consideraciones, son tomadas en cuenta tanto para

su decreto como para su levantamiento, desde sentencias absolutorias e inhibitorias, hasta las condenas y causas particulares de cada cautela.

Algunas consideraciones respecto a la doctrina, parte del principio de la jurisdiccionalidad de la Cautela. No obstante, excepciones a este principio han campeado en las nuevas tendencias judiciales. Tal es el caso de las ejecuciones coactivas fiscales, decretar cautelas por parte de árbitros (Decreto 2279 de 1989, art. 32), entre otros.

En consecuencia, estos desarrollos permiten la modernización general del proceso, en el sentido de promover la autorización del juez para valerse de los medios de prueba, cautelares y tecnológicos que considere pertinentes para mejorar su labor, por cuanto la estructura misma del proceso, con nuevas instituciones, asume las cautelas como medio de consecución de justicia y reparación de daños y garantías de riesgos futuros.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las medidas cautelares constituyen instrumentos de naturaleza comúnmente expresa, para el desarrollo la exactitud de la aplicación de las normas civiles y agrarias en cuanto a garantía de riesgos y responsabilidades.

Su utilidad práctica se estima inconveniente desde la mirada de la práctica jurídica (litigantes), debido a la manera en que se desarrollan estas solicitudes en sede judicial, razón por la cual muchas de las veces den las que se encuentra envueltos bienes y posterior a esta solicitud se decretan las medidas, al momento de desarrollarse su inscripción ya están fuera del haber del deudor, en razón a la inconsistencia de tiempos entre la medida y la sanción.

En el desarrollo de la nueva legislación, Código General del Proceso (CGP), es el juez quien define la justificación y fortalece la función social de la medida, partiendo de la idea del estado social de derecho, entendidos bajo el influjo de la equidad y la justicia.

Este giro hermenéutico, respalda su eficacia en el carácter “eficiente” de las mediadas y tramites, aunque como vemos en alcances up supra, dichos escollo son aún más notorios con su desarrollo diario.

REFERENCIAS

- ARBOLEDA, Adriana (2014). “La Conciliación. Su verdad como consenso en Colombia.” Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. Colombia. Fondo Editorial Universidad Pontificia Bolivariana v, p.287 - 314 2
- ARBOLEDA, Adriana “La conciliación como una cultura de acuerdos. Editorial Lasallista (2015)
- AUBENQUE, P. (2010). La prudencia en Aristóteles. Argentina: La Cuarenta.
- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y SENTÍS MELENDO, Santiago. Sistema de derecho procesal, (trad.). t. I, Buenos Aires, 1944, págs. 249 y 250.
- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I-Parte General, Ediar Soc. Anon Editores, Buenos Aires-Argentina 1956, P. 456
- BANCO MUNDIAL, 2013 recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/>
- BERNARD MAINAR, Rafael. Derecho romano: curso de derecho privado romano. Editor Universidad Catolica Andres, 2001. P. 209
- BLANCO LÓPEZ, Jorge y otros. El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales. Editor Librería-Editorial Dykinson, 2005. P. 113
- CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Editorial Uteha Argentina. Edición 1944. Tomo I. pág. 387ss

CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995. MP. Hernando Vergara Herrera. República de Colombia

_____. Sentencia SU-913 de 2009. MP. Juan Carlos Henao. Republica de Colombia

_____. Sentencia C-379 de 2004. MP. Alfredo Beltrán Sierra. República de Colombia

_____. Sentencia C-840 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería. República de Colombia

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (2013) Capitulo Deberes del Juez. Editorial Legis,

CÓDIGO PORCEL CIVIL BBBOLIVIANO, "Las Medidas Precautorias Civiles. Son Actos procesales de tribunal plasmado en una providencia (CC, 1552 inc 2) que tiende a mantener una situación jurídica, una expectativa o un derecho futuro con el fin de asegurar el resultado de la acción (CPC, 164, 196 inc. 3, 548, 167, 173 párrafo II, 176 párrafo I; LAC, 45). Por ejemplo, el Secuestro Judicial

GARCÉS, L. y Giraldo, C. (2013a). La virtud: la recta razón en el profesional que experimenta con animales. *Civilizar* 12(23), 181-192.

GARCÉS, L. y Giraldo, C. (2013b). La responsabilidad profesional y ética en la experimentación con animales: Una Mirada desde la prudencia como virtud. *Revista Lasallista de Investigación* 10(1), 164-173.

HERNÁNDEZ VILLAREA, Gabriel. Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio. Homenaje al doctor Hernando Morales Molina. Colección Textos de jurisprudencia. Universidad del Rosario, 2008. pág.257

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y otras Medidas Cautelares: doctrina, jurisprudencia. práctica forense. Edición 3. Editor San Marcos, 2002 P. 20

- ICDP - Instituto colombiano de Derecho Procesal. Exposición de motivos (provisional). Código General del proceso. 2012. P. 1
- LOPEZ BLANCO, Hernan. Instituciones de derecho procesal Civil Colombiano. Edición 8ª. Dupre Editores, Bogotá. 2004. P. 1054
- MARINEZ ALVAREZ, Eduardo. Poder cautelar genérico jurisdiccional. Revista direito e humanidades (OJS). USCS - Universidade Municipal de São Caetano do Sul. DOI:10.13037/dh.n5.739
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales .REJ - Revista de Estudios de la Justicia – Nº 8 – Año 2006. P. 7
- MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Themis-De Belaúnde & Monroy. Bogotá, 1996: P. 85
- MOJICA, Josías, BARANDICA, Adalberto, RODERO, Lena, MONTENEGRO, Mónica, HERNÁNDEZ, Hugo, ARBOLEDA, Sebastián (2015) La Función Administrativa en era de las TIC, REVISTA LASALLISTA DE INVESTIGACIÓN - Vol. 12 No. 2 - 2015 - 139•151
- MALLMA SOTO, José Carlos. ¿Cuál es el verdadero fundamento de las medidas cautelares? Estudiante de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE. Recuperado P. 2
- MEZA, Hernando, Silvera, Astelio, Pineda, Mariangélica, Páez, José Miguel y Pérez, Lenin (2015). Acceso ciudadano en la justicia como ejercicio dinámico de publicidad y contradicción, mediante estrategias garantes del debido proceso (acceso digital de pruebas). Revista lasallista de investigación. V12. No. 2. Julio-Diciembre. pp. 163-175
- OEA, Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html>

- ROJAS QUIÑONES, Sergio. Las dos caras del Código General del Proceso: semblanza de una nueva ley. Grupo de Investigación en Derecho Privado. Pontificia Universidad Javeriana.. (consultado 22-09-2013) recuperadode[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120724-14\(las_dos_caras_del_codigo_general_del_proceso_semblanza_de_una_nueva_ley\)/noti-120724-14\(las_dos_caras_del_codigo_general_del_proceso_semblanza_de_una_nueva_ley\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120724-14(las_dos_caras_del_codigo_general_del_proceso_semblanza_de_una_nueva_ley)/noti-120724-14(las_dos_caras_del_codigo_general_del_proceso_semblanza_de_una_nueva_ley).asp)
- SILVERA Astelio y ARBOLEDA, Adriana y SAKER, Janet (2015). La conciliación herramienta de interdisciplinariedad para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos en Colombia. Revista Justicia Juras V. 11, No. 2 pp.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando y velloso mata, María José. Manual práctico del proceso civil. Edición ilustrada. Editor Lex Nova, 2010. P. 370
- Tribunal Administrativo de Boyacá, Teleología de las medidas cautelares. En Boletín No. 43. Recuperado de http://www.ramajudicial.gov.co/cs/jdownloads/UserFiles/File/BOYACA/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO/RELATORIA/2013/Boletines/43/08_20120028200.pdf
- VILLEGAS LARA, René Arturo Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo I, Guatemala, 1988, p. 37.
- QUISBERT, Ermo. Medidas Precautorias Civiles. 2010. P. 156
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. TC en Sentencia 14/1992
- ROCCO, Ugo. Teoría Cautelar del Proceso Civil. Editorial Porrúa S.A, México 1959, P. 222

LAS RAZONES PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO PARA PRIVATIZAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Yudy Andrea Carrillo Cruz*

Introducción • Conclusiones • Bibliografía

* Yudy Andrea Carrillo Cruz con cédula de ciudadanía 40.330.962 de Villavicencio, nacida el 8 de mayo de 1984 en Villavicencio, Meta, abogada de la Universidad Libre seccional Bogotá, especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad Externado de Colombia, especialista en docencia universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Bogotá, candidata a magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre seccional Bogotá, profesora auxiliar de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Villavicencio. Líder del grupo de investigación Abogados Solidarios UCC.

INTRODUCCIÓN

Nos reúne en esta mesa la discusión sobre los problemas de la privatización de la justicia en Colombia, por cuanto hemos observado como cada vez los particulares tienen mayor intervención en la administración de justicia en nuestro país.

Cabe mencionar que uno de los logros de las revoluciones liberales fue el de obtener la separación de los poderes y, por tanto, alcanzar la independencia de los jueces de la República respecto del poder legislativo y del ejecutivo. Ahora bien, a lo largo de los últimos veinte años, esta función que era propia del Estado, se ha ido transfiriendo de manera transitoria a entidades y personas particulares que no hacen parte de la rama judicial, suscitándose toda clase de críticas.

Hasta la constitución de 1886, en nuestro país, la función de administrar justicia siempre estuvo en cabeza del Estado a través de los Tribunales y jueces de la República, sin embargo, en la Constitución Política de 1991, el artículo 116 consagra que "...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley." Ante esta aquiescencia constitucional, en la última década se ha observado como el Estado colombiano ha dado mayor participación a los particulares en la administración de la justicia ya sea como conciliadores o como árbitros.

Entre las normas que han dado desarrollo legal a este precepto constitucional encontramos la Ley 270 de 1996, Estatuto de la Administración de Justicia, que fuera reformada por la Ley 1285 de 2009, la cual expresa en el literal 3º del artículo 13 que:

"Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin

perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros según lo determine la ley, podrán proferir los fallos en derecho o en equidad”.

En la Ley 640 de 2001 se reglamenta lo relativo a la conciliación y en la Ley 1563 de 2012 se regula el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que se pretende con la presente ponencia es dilucidar ¿Cuáles son las razones que esgrime el Estado colombiano, para que en los últimos diez años haya promovido la participación de los particulares en la administración de la justicia, produciendo una especie de privatización de la misma?

A continuación se estudiarán el CONPES que fue aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en el año 2008 para lograr un empréstito destinado a los servicios de justicia y los Planes Nacionales de Desarrollo 2010-2014 y 2014-2018 donde encontramos algunas de las razones que son expuestas por el Estado colombiano como justificación a la intervención de los particulares.

Colombia un Estado sin recursos económicos para los servicios de justicia.

El Estado es como una gran familia con muchos hijos. Una familia que está conformada por papá, mamá y varios hijos, tiene una serie de necesidades que son suplidas con los ingresos económicos de uno o de los dos padres de familia, sin embargo, cuando los recursos son menores que los gastos necesariamente la familia debe acudir a los préstamos para cumplir sus obligaciones.

De igual forma le sucede a un Estado que, como el colombiano, no tiene suficientes recursos económicos para suplir todas las necesidades de la población, o que teniendo los recursos, estos se desvían de los intereses del bien general. En el caso de la administración de justicia, esta es una de esas necesidades básicas que cada vez enfrenta una mayor demanda (en términos de requerimientos) debido a la legalidad que debe imperar en un Estado Social de Derecho; pero al parecer, en el caso colombiano, los recursos propios del presupuesto no alcanzan para lograr fortalecer este servicio.

Por ese motivo, el Estado ha tenido que optar por contratar empréstitos con la banca internacional cada vez que ha pretendido fortalecer la función judicial ((CONPES), 2015, pág. 8). En el año 2002 el Gobierno Nacional había suscrito con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF (Grupo Banco Mundial) un préstamo LIL (Learning and Innovation Loan por sus siglas en inglés o Préstamo de Aprendizaje e Innovación) por un monto de US\$3.900.000 para financiar el “Proyecto de Mejoramiento de la Resolución de Conflictos Judiciales”, la finalidad del proyecto fue la de diseñar y poner a prueba una estrategia de cambio participativa e integral, con el propósito de mejorar la resolución de conflictos abordando áreas claves de la estructura organizacional de los juzgados, para así generar mejoras en la puntualidad, calidad y productividad del sistema judicial. El valor total del proyecto ascendió a la suma de US\$5.200.000 con una contrapartida nacional de US\$1.300.000.

Por otro lado, ((CONPES), 2015, pág. 10) en julio de 2005 el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura suscribieron con el BIRF el convenio de Donación Japonesa TF-053760 para la preparación del proyecto de desarrollo del sector justicia, por un monto de US\$750.000, ¿En qué se invirtió este dinero? ((CONPES), 2015, pág. 11) Esta donación financió los estudios donde se evaluaron de manera integral las necesidades del sector justicia y determinaron sus prioridades de inversión, dando propuestas concretas para la solución de los problemas en la prestación del servicio. Las entidades con las que contrataron los estudios fueron la Corporación Excelencia en la Justicia, la Universidad del Rosario, La Universidad Externado de Colombia, Fedesarrollo y el Grupo 13.

((CONPES), 2015, pág. 11) La Corporación Excelencia en la Justicia determinó una línea de base, en materia de congestión y retardo en las especialidades (i) civil, (ii) laboral y familia y (iii) penal, y analizó las principales causas de esta problemática y las posibles opciones estratégicas para superarla, este diagnóstico costó \$305.000.000. Esta misma Corporación determinó la situación actual de la coordinación interinstitucional, al interior del sector justicia y entre el mismo sector y otros organismos involucrados en la detección, investigación, procesamiento y sanción de actos de corrupción, siendo el valor del contrato de \$ 40.000.000

La Universidad del Rosario determinó una línea de base, en materia de congestión y retardo en la jurisdicción contencioso administrativa, y analizó las principales causas de esta problemática y las posibles opciones estratégicas para superarla. Su contrato fue por valor de \$ 53.200.000; de igual forma formuló un diagnóstico, estrategias e indicadores de la gerencia de recursos humanos, financieros y físicos del sector justicia, cuyo contrato se pactó en la suma de \$180.000.000.

Fedesarrollo investigó el desarrollo de una metodología para la identificación de necesidades insatisfechas de resolución de conflictos, cuyo estudio costó \$200.000.000.

La Universidad Externado de Colombia debía realizar la evaluación de resultados del Proyecto de Mejoramiento en la Resolución de Conflictos Judiciales y su costo fue de \$ 77.400.000.

El Grupo 13 debía definir una estrategia de comunicaciones para el sector justicia cuyo costo fue de \$ 98.000.000, para un total de todo el proyecto de \$953.600.000. La fuente utilizada en el CONPES es directamente de un informe del Banco Mundial.

Así las cosas, los resultados arrojados han sido la base para determinar la inversión actual en la rama judicial y también la reforma constitucional planteada actualmente en Colombia en este último año.

El 15 de diciembre de 2008 el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó el CONPES 3559 mediante el cual dio concepto favorable a la Nación para contratar empréstitos externos con la banca multilateral hasta por la suma de sesenta y dos millones de dólares (US\$ 62.000.000), o su equivalente en otras monedas, para financiar un proyecto de fortalecimiento a los servicios de justicia.

Una de las razones por la cual se aprueba el empréstito entre otras, es que lograr ((CONPES), 2015, pág. 3) “el fortalecimiento de los servicios de justicia que presta la Rama Judicial, como el que prestan algunos particulares, garantizará el goce efectivo de los derechos y garantías que otorga el Estado Colombiano y permitirá cumplir con uno de los servicios esenciales a cargo de éste. Se espera que a través de las intervenciones definidas en este documento y con los recursos cuya aprobación se

solicita, se superen los obstáculos que están impidiendo a todos los colombianos tener una justicia al día y cercana al ciudadano como es el objetivo del Plan de Desarrollo 2006-2010: "Estado Comunitario: Desarrollo para todos".

Cabe señalar que el CONPES es aprobado estando vigente el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, sin embargo, el dinero se empezó a invertir durante la vigencia del plan 2014-2018 -actualmente vigente, específicamente este año.

Por otro lado, se debe mencionar que el préstamo solicitado no solamente está destinado a fortalecer la justicia formal sino también la no formal, especialmente lo que tiene que ver con los particulares que son conciliadores. Pero, ¿por qué el Estado apuesta a financiar y apoyar la administración de justicia impartida por los particulares? ¿Acaso no ve viable a la rama judicial colombiana?

Los problemas de la rama judicial según el CONPES 3559 de 2008

Para lo lograr la aprobación del préstamo al BIRF, el Estado debe justificar su inversión, por lo que los estudios que se han realizado sirvieron para diagnosticar los problemas que presenta la rama judicial en los últimos años y que fueron presentados en el CONPES 3559, siendo algunos de esos problemas los siguientes.

Existe congestión en los despachos por el excesivo número de expedientes.

Bajos indicadores de productividad en los despachos judiciales.

Demora en el desarrollo de las etapas procesales.

Los servicios de justicia proporcionan, no en todos los casos, soluciones oportunas, eficientes, eficaces y de calidad a las controversias de los ciudadanos, que es el problema principal que analiza el CONPES.

En la actualidad los despachos no cuentan con una estructura organizacional adecuada, los jueces desempeñan tanto actividades judiciales como administrativas, ya que están a cargo de la dirección

administrativa de su despacho. Esta particular circunstancia hace que tengan que dedicar tiempo que debían dedicar a la resolución de procesos a otras actividades que los distraen.

Los funcionarios no tienen un sistema de calificación que permita evaluar los resultados mínimos año a año, para mirar el nivel de productividad.

La rama judicial carece de infraestructura tecnológica y física para el manejo de la documentación referente a los archivos.

Los procedimientos son demasiados rígidos y llenos de formalidades en el curso de un proceso. Esta es la razón por la cual el Gobierno impulsó la creación de los nuevos Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

A pesar de que la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla brinda capacitación a los funcionarios, el modelo de gestión administrativa de la Escuela no permite medir el impacto de estas capacitaciones y su relación con nivel de eficiencia en los despachos.

Los ciudadanos no pueden acceder fácilmente a los mecanismos de solución de conflictos ya sea en la rama judicial o en la justicia no formal. Siendo la justicia no formal la que es prestada por ciertas autoridades administrativas-Superintendencias, Notarios, Inspectores de Policía-, el Congreso de la Republica y particulares, estos últimos como árbitros.

A los operadores de justicia y los Centros que ofrecen mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) no se les hace un seguimiento por parte del Estado que potencialice su impacto en la solución de conflictos.

Este tipo de problemas advierte el CONPES generan dos efectos negativos en el país, por un lado no se garantizan efectivamente los derechos de los ciudadanos, lo que produce inseguridad jurídica y por otro lado afecta el desarrollo económico del país porque desestima la inversión.

Sostiene el documento que ((CONPES), 2015, pág. 27) “en el mundo de hoy uno de los elementos a tener en cuenta al realizar una inversión en un determinado país, pasa por establecer como los servicios de justicia resuelve las controversias que se pudiera tener. En el caso colombiano, desafortunadamente la realidad de nuestros servicios de justicia no permite concluir que la forma como estos se vienen desempeñando contribuyan a atraer la inversión”.

En el informe “Doing Business 2008”, que es un documento elaborado por el Banco Mundial donde se estudia en uno de sus indicadores el cumplimiento de los contratos en cada país, midiendo la eficiencia del sistema judicial en la resolución de una disputa comercial. El indicador de cumplimiento de contratos toma en cuenta tres elementos i) tiempo, ii) costo y iii) procedimientos. El tiempo hace referencia al número de días que transcurren desde la presentación de la demanda en el Juzgado hasta la obtención del pago. El costo hace referencia al valor en que incurre el demandante en el proceso, se representa como un porcentaje del valor de la demanda. Por último, el elemento de procedimientos se refiere al número de pasos que deben desarrollarse para presentar la demanda, tramitar el juicio, obtener la sentencia y ejecutar el fallo. A nivel internacional, Colombia en el indicador de cumplimiento de contratos ocupa el lugar 147 entre 181 países.

Luego se comprende la relación que puede existir entre rama judicial e inversión extranjera, no hay que olvidar que nuestro Estado siempre de cara al mundo ha abierto sus puertas a los extranjeros y reduciendo en muchos sectores la inversión de los nacionales, a quienes cada vez se les dificulta más la estabilidad de sus microempresas.

Razones expresas del Estado para promover la participación de los particulares en la administración de justicia

Para los jueces, académicos y ciudadanos en general que ven como una amenaza la participación de los particulares al impartir la justicia en Colombia, los resultados de estos estudios son exagerados y quieren desprestigiar el servicio de la justicia para lograr que los particulares tomen esta función pública para su beneficio, especialmente cuando algunos de los interesados son los que financian las campañas políticas,

luego su intervención redundará en beneficio de los políticos de turno; estos opositores a la privatización ven intenciones oscuras del Gobierno a favor de los grandes capitalistas y una oportunidad para tener mayor control sobre las decisiones judiciales, lo que pone en riesgo la independencia judicial. Ellos proponen que el Estado debería invertir mayores recursos en la prestación del servicio por parte de los operadores formales para mejorar su eficacia y eficiencia.

Quien esto escribe desconoce de primera mano si hay o no intereses oscuros en la política del Estado, no obstante, los hechos revelan que la postura neoliberal del Estado que deja en manos de particulares funciones públicas que son propias de él, no es exclusiva del gobierno actual o de los gobiernos anteriores, quien abrió las puertas para la privatización de la justicia en Colombia fue la misma Asamblea Nacional Constituyente de 1990 quien permitió en el artículo 116 de la Constitución que se les pudieran atribuir transitoriamente a los particulares ser conciliadores o árbitros y ya estando esos involucrados, dependeremos de los gobiernos de turno para saber cuánto poder más se les dará, cómo influenciarán las grandes firmas de abogados en la administración de justicia, muchas de ellas internacionales, las grandes multinacionales que acuden al arbitramento para solucionar sus conflictos y en sí todos los actores interesados en ser favorecidos con las decisiones judiciales que se toman en nuestro país.

El gobierno a su vez, públicamente justifica esta injerencia ((CONPES), 2015, pág. 14) debido a la necesidad de ampliar el espectro de los servicios de justicia y otorgar una mayor oferta a los ciudadanos para resolver sus controversias, los cuales no tendrán que acudir siempre a los despachos judiciales o justicia formal, que como ya se mencionó se encuentran congestionados.

Ahora bien, el Estado ve la necesidad no solamente de invertir recursos en pro de la rama judicial sino también de los particulares por cuanto los informes arrojan que ((CONPES), 2015, pág. 18) “si bien el surgimiento de los servicios de justicia no formal ha permitido el aumento en la oferta con la que cuentan los ciudadanos para tratar de resolver sus controversias, los servicios de justicia siguen presentando dificultades en su funcionamiento que hacen que no exista en todos los casos soluciones

oportunas a la problemática que es llevada por los ciudadanos a esas instancias”.

Los Planes de Desarrollo 2010-2014 y 2014-2018 impulsan la participación de los particulares para apoyar la justicia en Colombia.

(Constitución, 1991) El artículo 341 de la Constitución prescribe que el Gobierno Nacional debe elaborar el proyecto del Plan Nacional de Desarrollo con la participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y una vez se tenga el concepto favorable del Consejo Nacional de Planeación; debe presentarlo a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

A su vez, el artículo 339 de la Constitución señala que el Plan Nacional de Desarrollo estará conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno; y el plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

De acuerdo con lo anterior, se debe tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo marca la ruta a seguir por parte del Gobierno Nacional en los cuatro años de gestión, por eso todos los colombianos debemos estar pendientes del cumplimiento de los planes nacionales de desarrollo, atendiendo a la política pública que tenga el Estado y entendiendo que la privatización es de cara al pueblo y está planeada como política estatal, no obstante, los intereses oscuros que puedan existir como argumentan los contradictores del Gobierno.

Así las cosas, a continuación se expondrá lo establecido por el Gobierno Nacional en los planes de desarrollo 2010-2014 y 2014-2018 respecto de la participación de los particulares en la administración de justicia, sin

olvidar que los dos planes han estado presididos por el actual presidente de la República Juan Manuel Santos.

Como ya se ha mencionado, los particulares participan en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales siguieron siendo apoyados por el Gobierno Nacional en el periodo 2010-2014, a razón de que el Plan establecía que estos mecanismos son una herramienta de descongestión y acceso.

Prescribe el plan (Plan Nacional, 2010, pág. 521) que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) deben seguir contribuyendo a la no judicialización de los conflictos, a la resolución pacífica de controversias, a la descongestión de los despachos judiciales y a fortalecer la cultura dialogal. En esa medida es vital impulsar los MASC, para atender con mayor agilidad los conflictos de la población y facilitar el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia como estrategia complementaria a la establecida en esta materia por parte de la Rama Judicial.

Se debe continuar fortaleciendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos de origen comunitario e institucional, así como a otros administradores de justicia diferentes a la Rama Judicial ubicados en entornos urbanos y rurales afectados por fenómenos de conflicto armado, violencia y asociados a la operación de la delincuencia común y organizada.

Es por lo anterior, que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1829 de 2013 donde reglamenta los requisitos que deben cumplir las entidades interesadas en la creación de Centros de Conciliación o Arbitraje y en la obtención de aval para impartir formación en conciliación extrajudicial en derecho; las obligaciones a cargo de los Centros; el marco tarifario para los servicios de conciliación y arbitraje; el manejo de la información relacionada con los trámites conciliatorios; el Programa de Formación que deben cursar y aprobar los conciliadores extrajudiciales en derecho; las funciones de inspección, vigilancia y control del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre Centros y Entidades Avaladas para impartir formación en conciliación extrajudicial en derecho; y el funcionamiento del Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia.

En este Decreto se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012, sobre normas de conciliación y arbitraje.

Cabe indicar que uno de los problemas que está presentando la justicia no formal es que a pesar de que se requiere de la autorización del Ministerio de Justicia para operar como centro de conciliación y como Tribunal de arbitraje, realmente el Ministerio no está realizando un verdadero seguimiento a estas entidades para corroborar la buena prestación del servicio, su ejercicio en equidad y su impacto en la sociedad ((CONPES), 2015, pág. 25).

Ahora bien, llegados al periodo presidencial 2014-2018, el Gobierno Nacional plantea su preocupación por los Municipios de sexta categoría, (Planeación, 2014, pág. 37) por cuanto ellos son los que presentan mayores dificultades para cumplir con las exigencias en materia de gestión fiscal y desempeño al encontrarse alejados de las grandes urbes del país, y al haber sido afectados históricamente por la presencia de actores armados ilegales y presentar una débil capacidad en la administración de justicia.

Esta situación de no tener una rama judicial fortalecida en todos los Departamentos y Municipios de Colombia es la mayor justificación pública que tiene el Estado para seguir financiando y apoyando la participación de los particulares en la administración de justicia.

(Planeación, 2014, pág. 371) En las bases del plan de desarrollo actual la estrategia 3.4 consiste en que el Gobierno Nacional seguirá impulsando el aumento del porcentaje de ciudadanos que acuden a la conciliación y el arbitraje para resolver sus conflictos de manera pacífica en el territorio nacional. Promoverá de actividades para que los ciudadanos acudan a la conciliación en derecho. Realizará actividades para que los ciudadanos acudan a la conciliación en equidad para resolver sus conflictos.

El Gobierno aduce que (Planeación, 2014, pág. 334) según la Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas Cámara de Comercio de Bogotá, 2013), el 51,9% de las personas encuestadas que tuvieron un conflicto no llevaron a cabo ninguna acción como respuesta, ya sea

porque consideraron que el asunto no merecía ser llevado ante la justicia, tomaba demasiado tiempo o tenía demasiados trámites. Lo anterior, con el agravante que el 60% de la población se siente insatisfecha por haber tomado la decisión de no hacer nada frente a un conflicto, y que el 65% de los colombianos no cree en la eficacia del sistema de justicia a la hora de perseguir y juzgar delincuentes. De hecho, la prestación de los servicios de justicia carece de una adecuada articulación entre los actores institucionales competentes, la ausencia de procedimientos y procesos desde la perspectiva del ciudadano, de interoperabilidad de los sistemas de información y 335 de modelos integrales de gestión. Adicionalmente, parece existir una subutilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos de manera que solamente el 25% de las necesidades jurídicas de los ciudadanos se tramita mediante arreglo directo y el 2.9% de la población acude a un centro de conciliación.

Todas estas razones son las que públicamente el Gobierno predica como justificación de la intervención de entidades administrativas y particulares que ayuden a la prestación del servicio a la justicia en el país.

El dinero otorgado en el empréstito 2277/OC-CO del Banco Interamericano de Desarrollo – BID, el cual se logró con la aprobación del CONPES 3559, está siendo invertido en su objeto tal y como lo menciona el Acuerdo No. PSAA15-10329 del 14 de abril de 2015 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. (Consejo Superior de la Judicatura, 2015)

En el Acuerdo del Consejo se aprueba el Plan de Adquisiciones y el Plan Operativo Anual para la vigencia 2015 en desarrollo de la primera fase del proyecto “Fortalecimiento a los Servicios de Justicia”.

El programa que se implementó este año 2015 es el fortalecimiento a los servicios de la justicia - altas cortes y jurisdicción administrativa el cual tiene tres componentes.

El componente número uno es el fortalecimiento a la gestión judicial, que tiene un primer subcomponente que es la mejora del sistema de

gestión judicial, donde se establecen como actividades la definición y diseño del Modelo Integrado Único de Negocio, y optimización del Sistema de Gestión Judicial y el diseño y puesta en marcha (implantación, instalación, capacitación, soporte) del Sistema de Información Judicial, incluyendo la adquisición de una bodega de datos jurisprudencial.

El segundo subcomponente es el apoyo a la Implementación de la oralidad, como actividades propuestas se encuentra la adquisición e instalación de mobiliario y solución tecnológica para la adecuación de salas de audiencia y la contratación de especialistas técnico jurídicos para reglamentación nuevos procesos para implementar la oralidad.

El segundo componente del programa es el mejoramiento de la Calidad de la información Jurisprudencial, este tiene dos subcomponentes. El primero es la administración de la calidad de la información que tiene como actividades el desarrollo, validación e incorporación de normas de calidad en procesos de administración de información y la adquisición e instalación de los equipos tecnológicos para fortalecer las comunicaciones y la conectividad

El segundo subcomponente es la Organización y sistematización de las Relatorías cuya actividad será desarrollar estudios en nuevas metodologías de almacenamiento y consulta de jurisprudencia

El tercer y último componente del programa es el mejoramiento de los servicios al ciudadano cuyo subcomponente es la Imagen y Formación ciudadana y la actividad planteada es el suministro de las publicaciones, impresas y en medios magnéticos, para la difusión y divulgación de los resultados del Proyecto.

Finalmente se van a realizar auditorías y evaluaciones al proyecto. Estamos todos los juristas esperando ver los resultados de este programa sobre todo en lugares como los pertenecientes al Distrito judicial de Villavicencio, de donde vengo y en donde pertenecen juzgados de los departamentos del Vaupés, Vichada, Guaviare, Meta y Guainía, que no cuentan con infraestructura física ni tecnológica para enfrentar los retos de la justicia en Colombia.

CONCLUSIONES

El Gobierno Nacional y el Congreso de la República han establecido la legislación base para permitir que la ciudadanía pueda acudir a centros de conciliación y de arbitraje para dirimir sus conflictos de acuerdo con leyes como la 640 de 2001 y la Ley 1563 de 2012, dando lugar a la autocomposición de sus conflictos.

Quienes están en contra de la injerencia de los particulares en la administración de justicia al ver la tendencia neoliberal que ello implica y como la prestación de esta función pública va a servir de beneficio económico a unos pocos, opinan que hay un lado oscuro y pernicioso que el Estado está apoyando.

La idea central de la presente ponencia era señalar las razones públicas que aduce el Estado colombiano para permitir, y apoyar que los particulares también puedan ser parte de la administración de justicia como conciliadores y árbitros.

Entre las razones expuestas se encuentra la congestión de los despachos judiciales que no logran dar respuesta rápida, oportuna y eficaz a las necesidades de justicia de la población, conllevando a una escasa productividad de los funcionarios judiciales, el hecho de que la población colombiana prefiera no acudir a los servicios de la justicia por la mala percepción que tienen de la misma, lo que trae en muchos casos impunidad y desconfianza jurídica y violencia.

La posibilidad de que la ciudadanía puede tener un mayor espectro de opciones para acudir a resolver sus problemas, no solamente acudiendo a los procedimientos formales sino también a la justicia no formal, como el mismo Estado ha decidido llamar a la justicia que imparten entidades de carácter administrativo verbi gracia las Superintendencias y los particulares a través de las Cámaras de Comercio y Centros de Conciliación, entre otros.

Una de las conclusiones de esta ponencia es que el Estado ha tenido que endeudarse con la banca internacional para poder obtener los recursos que necesita para financiar y apoyar el fortalecimiento del servicio de la

justicia en el país, lo que designa un problema muy grave que se presenta y es la falta de recursos disponibles para seguir apoyando este sector o la falta de voluntad de los gobiernos para destinar mayores recursos del PIB a la justicia.

Cabe indicar que este modelo de privatización de la justicia no parece tener marcha atrás y que estamos a merced de los gobernantes de turno dependiendo de su política al respecto y la reforma constitucional de este año en curso que prescinde del Consejo Superior de la Judicatura y por tanto traerá cambios importantes para la rama judicial.

BIBLIOGRAFÍA

(CONPES), c. n. (24 de junio de 2015). Departamento Nacional de Planeación. Recuperado el 24 de junio de 2015, de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. (16 de abril de 2015). Gaceta de la judicatura. Recuperado el 24 de 06 de 2015, de Gaceta de la Judicatura: <http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Gacetas/Consulta/Contenido/Default.aspx?ID=1945>

CONSTITUCIÓN, P. d. (04 de 07 de 1991). Alcaldía de Bogotá. Recuperado el 27 de 06 de 2015, de Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/>

Edición interconfesional de Referencia. (1996). La Biblia Dios Habla Hoy. Mexico: Sociedades Bíblicas Unidas.

PLAN NACIONAL, d. D.-2. (2010). departamento Nacional de Planeación. Recuperado el 28 de 06 de 2015, de Departamento nacional de Planeación: www.dnp.gov.co

PLANEACIÓN, D. N. (1 de Noviembre de 2014). Bases del plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Recuperado el 28 de 06 de 2015, de Bases del plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: http://portal.dafp.gov.co/portal/pls/portal/formularios.retrive_publicaciones?no=2421

JUSTICIA SIN JUECES: LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO COMO JUSTICIA ALTERNATIVA NO INSTITUCIONAL

Julián Andrés Gaitán Reyes*

El grado de civilización de un pueblo se puede
medir por su nivel de litigiosidad, al punto
de que entre más litigio genere menor desarrollo.
Francesco Carnelutti

Introducción • la conciliación extrajudicial en derecho – conciliaciones
privadas algunos problemas • Bibliografía.

* Julián Andrés Gaitán Reyes, Mastrando en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Procesal (2011). Abogado conciliador (2010). Profesor de tiempo completo del programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Espinal. E.mail: julian.gaitanr@campusucc.edu.co

INTRODUCCIÓN

Dentro de los métodos alternativos de solución de conflictos, sin duda alguna el que ha sufrido el mayor desarrollo y auge en las últimas dos décadas es la conciliación extrajudicial, que se ha mostrado como el método indicado para el gran número de conflictos, como herramienta eficaz, confiable y con todas las ventajas de ser en esencia una justicia que reconstruye tejido social la cual debe ser entendida como una institución socio-jurídica.

El legislador entendiendo la necesidad e importancia de la conciliación extrajudicial en derecho, al legislar el campo normativo otorgo facultades, competencias a los centros de conciliación o la conciliación privada, con la finalidad de que la comunidad tenga un acercamiento a un mecanismo de carácter jurisdiccional, más no judicial, de solucionar sus conflictos y poder derribar o por lo menos reducir la cultura de la judicialización que tanto nos aqueja.

Hoy los centros privados de conciliación atraviesan un gran reto al cual deben enfrentar por ser es la institución de prestación de servicios menos conocida, con bajos niveles de utilización, y mal articulada con el resto de la oferta.

En este orden de ideas la presente ponencia abordara tres temas centrales: en primer lugar las motivaciones o auge de los métodos alternativos de solución de conflictos, en segundo lugar se abordara la oferta de la conciliación extrajudicial en derecho y por último los problemas y posibles soluciones de la desarticulación de la conciliación privada.

Motivaciones o auge de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Históricamente el hombre ha utilizado tres formas de solución de conflictos o sistemas de respuestas. El primero denominado autodefensa que es la justicia por mano propia, la ley del más fuerte, la venganza personal, el segundo el denominado autocompositivo, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad,

ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Y el tercer grupo llamado heterocomposición que significa la sumisión al mecanismo procesal establecido por el Estado, que en palabras de Vescovi (1984):

El proceso judicial es el conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho y a la vez brindar a estos la tutela jurídica. (p.103).

En la heterocomposición encontramos el proceso judicial y el arbitraje donde un tercero ajeno al conflicto decide a través de una sentencia o un laudo arbitral con efectos de cosa juzgada con la cual administran justicia.

Así pues el Estado desde sus inicios ha tenido el monopolio de administrar justicia, dicha gestión judicial es vista como una acción de soberanía, que conlleva organización de la fuerza colectiva, gracias a la intervención de los conflictos intersubjetivos cualificados. La administración de justicia es una función pública estatal de naturaleza esencial que debe ser suministrada de manera eficiente y oportuna por el Estado.

En el sentir de Corte Constitucional (1999) la administración de justicia tiene como proposito "hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia."

Ahora bien el Estado al monopolizar la administración de justicia presenta deficiencias, se convierte en inoperante, ineficaz, al insatisfacer la necesidades jurídicas que surgen al resolver un conflicto intersubjetivo cualificado, a lo que se le ha llamado crisis de la justicia, que se centra en la falta de la independencia judicial, congestión judicial, violaciones al plazo razonable, inadecuada capacitación de los funcionarios judiciales, falta de recursos, limitación al acceso de la justicia, escasez de personal, corrupción, entre otras, que no sólo aqueja a países subdesarrollados como el nuestro, sino países desarrollados y ricos económicamente.

Como consecuencia de esa situación se ha generado un ambiente de impunidad y poca credibilidad en el sistema.

La crisis a la justicia empieza desde la organización interna de quien administra justicia, siendo la congestión judicial una causa central, que conlleva a la excesiva acumulación de procesos en los despachos judiciales, que nace gracias a la exagerada cultura de la judicialización de los conflictos, generando una cadena de racionamientos como lo afirma profesor Negoma (1995) "Jurisdiccionalización = Congestión = Ineficencia = Inconformidad Social y Desconfianza = Vías privadas de solución de conflictos = VIOLENCIA SOCIAL" (p.110)

Dentro de las soluciones propuesta por la mayoría de los Estados frente a la crisis de la justicia ha sido incrementar el número de normas y disposiciones legales para intentar parar el crecimiento de procesos judiciales, llegando a unificar los procesos, buscando que los procesos sean orales, por audiencias e inmediados, pero esta plausible solución no cumplido con la eficacia y eficiencia, por lo tanto no ha conseguido el efecto deseado.

Otra de las soluciones propuestas en los Estados modernos es dotar de recursos económicos, medios materiales con el fin de mejorar la infraestructura y capacitación de los funcionarios judiciales, pero como lo manifiesta Prieto (2010):

"la insuficiencia de medios, más que un problema en sí mismo, ha de interpretarse como la causa de que se den buena parte de los restantes problemas y, por ello, puede ser una fuente de mejora general, aunque debe insistirse en que los problemas de la justicia no se resuelven sólo ni principalmente con más medios."(p.145).

Esto quiere decir que no sólo se requieren reformas normativas y recursos económicos, sino de un cambio cultural y social al afrontar el conflicto intersubjetivo cualificado, el cual conlleva a la búsqueda de vías de solución alternas, paralelas, alternativas al sistema judicial, la administración de justicia no debe ser exclusiva en la resolución de los asuntos ante los jueces, ésta es sin duda parte esencial de las funciones del Estado pero no la única.

Con el nuevo paradigma de la justicia del siglo XXI se explora la necesidad de restablecer a la sociedad la capacidad de resolver conflictos, por que se ha determinado que un buen sistema de resolución de conflictos sera más eficiente cuando disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver el conflicto cualificado con el menor costo posible.

Dicho esto, es necesario intentar hallar formulas o mecanismos que permitan de manera más adecuada acometer la conflictividad y la jurisdiccionalización de nuestra sociedad contemporanea. Y aquí, es donde aparece el moviemento de los ADR (Alternative Dispute Resolution) que traduce métodos alternativos de solución de conflictos (MASC).

Como lo afirma profesor Tarrufo (1996) al referirse a la utilización de los ADR:

El entusiasmo actual por la utilización de métodos A.D.R. en muchos casos obedece a la crisis que padecería la Justicia. Así, frente a una potestad jurisdiccional poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva a muchas situaciones jurídicas, costosa, y sobre todo lenta e ineficaz, lo aconsejable sería buscar fuera de la Jurisdicción los modos de decidir las contiendas. (p.144)

El auge de la utilización de los metodos alternativos de solución de conflictos tiene origen en la llamada conferencia Ponund del año 1976, "National Conferenece on the Causeses of popular Dissatisfacción whit The administration od Justice" como resultado de la conferencia formularon una serie de propuestas tendientes a sustraer de las Cortes algunas categorías de controversias y entregar a otros órganos –ajenos al aparato jurisdiccional y de naturaleza privada–, operantes de acuerdo a reglas que configuren un procedimiento flexible e informal. El motivo central de la referida conferencia era la exigencia de diversificar el procedimiento en función de reducir el trabajo excesivo de los tribunales y de permitir que sus escasos recursos pudieran ser destinados a la definición de pocos casos, para los cuales el proceso no constituye la solución más antieconómica entre aquellas abstractamente hipotizables.

La importancia de la conferencia de Pound, es el surgimiento de ideas que posibilitan la forma de resolución más adecuada al conflicto, la teoría

que tuvo mayor acogida fue la del profesor Sander de la universidad de Harvard, quien planteó la creación de un tribunal multi-puertas “multidoor courthouse”, en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como la jurisdicción, medición, arbitraje, evaluación de experto, conciliación etc., Este tribunal está concebido como un centro de resolución de conflictos que tiene su fundamento en que existen ventajas y desventajas para cada conflicto en específico que hacen posible la solución de la disputa. (Soletto, 2013, pág. 33)

Dicho en otros términos en lugar de instalar una sola puerta para obtener un servicio de justicia, debe dársele opción a los usuarios para que puedan acceder a la puerta que sea más apropiada a la naturaleza del conflicto, lo cual permite que el ciudadano pueda acercarse de manera más idónea a la solución de su conflicto.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO – CONCILIACIONES PRIVADAS ALGUNOS PROBLEMAS

Así las cosas los métodos de los A.D.R, influenciaron la mayoría de los sistemas judiciales en el mundo. Colombia no fue ajena a dicha influencia, así lo manifestó el ministro de justicia y el derecho del año 1991, y como primer paso, se generó un replanteamiento de fondo a la administración de justicia, ya que “se desmonopolizó la facultad de resolución de conflictos que hasta entonces reposaba exclusivamente en cabeza de los jueces” (Esguerra, 2012).

Esos argumentos se apreciaron en el primer debate de ponencia en la Cámara de Representantes del proyecto de ley de congestión de despacho judiciales, proyecto de ley 127 de 1990, que pasó a ser la ley 23 de 1991, dicha ley consagró la definición normativa de conciliación, la cual la institución es tomada como mecanismo que evita la judicialización de los conflictos.

Consecuentemente y casi en la misma línea del tiempo aparece en la mira de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, otorgar rango constitucional a la conciliación extrajudicial, convirtiendo a Colombia en la primera en latinoamérica de implantarla en el mandato superior (Mera,

2012). Además reconoció, en su artículo 116, la posibilidad de conferir transitoriamente funciones jurisdiccionales a particulares.

A hora bien la transitoriedad y alternatividad de esta institución deriva del hecho de que constituyen una forma de colaboración de los particulares para el buen suceso de la administración de justicia. (Corte Constitucional, 2001).

La transitoriedad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares surge:

en primer lugar, de la voluntad de las partes en conflicto, de permitir que un conciliador escogido por ellas, actúe como tercero neutral, las asista en el proceso de negociación y estimule la búsqueda de fórmulas de solución. A diferencia de lo que sucede en la justicia formal, donde las reglas sobre jurisdicción y competencia predeterminan quién es el juez que resuelve la controversia, el cual no puede ser seleccionado según el designio de las partes interesadas, al acudir a la conciliación las partes pueden escoger quién será su conciliador y este puede actuar transitoriamente en virtud de esa voluntad. (Corte Constitucional, 2001)

De esta forma la Constitución Política y la legislación confió en los particulares, para que las partes inmersas en un conflicto los habiliten para que colaboren en la resolución de su conflicto.

Hoy la conciliación extrajudicial puede ser en equidad, que en palabras de (Castaño, 2004) la define como:

Aquella donde el conciliador, al momento de analizar o proponer las respectivas fórmulas conciliatorias, no está sujeto o atado a precepto legal alguno. En este tipo de conciliación, lo que se busca es encontrar un equilibrio de lo justo y de lo ecuánime o equitativo, donde sin inferir agravio o desmejora a los derechos de las partes en conflicto, el conciliador halla la justa medida para una solución que a todos satisfaga (p. 269).

A diferencia del conciliador en equidad, el conciliador en derecho propone fórmulas de solución del conflicto que giran en torno a la ley, el conciliador en derecho debe ser abogado, y con formación en mecanismos alternativos de solución de conflictos. La conciliación extrajudicial se realiza antes o por fuera de un proceso judicial,

como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. La conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad. (Corte Constitucional, 2008).

En suma la oferta de conciliación extrajudicial en Derecho desde el punto de vista normativo, va desde los centros de conciliación de las entidades públicas y los funcionarios públicos, notarios delegados por la ley 640 de 2001, los centros de conciliación de las entidades sin ánimo de lucro que se caracterizan por que su sostenimiento es por medio de las tarifas de los gastos administrativos, y finalmente los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.

En este orden de ideas la conciliación extrajudicial en derecho desde su nacimiento por ser de raigambre constitucional ha sido sujeta de políticas públicas que han permitido el apoyo estatal fortaleciendo la conciliación extrajudicial denominada institucional, que ha traído como consecuencia que el ciudadano no discierne o tiene el conocimiento de estar ante un facilitador, porque el funcionario impone autoridad.

Por este motivo y gracias a la gratuidad del servicio la conciliación institucional o pública es la de mayor utilización, ya en algunas instituciones presenta algún grado de congestión, que nacen a raíz de la pluralidad de funciones de la institución donde la conciliación extrajudicial no es labor principal, aunado a la falta del apoyo logístico.

Dicho en otras palabras y a pesar de lo anterior la sociedad confía más en la legitimidad que tiene la conciliación pública que la privada; por la razón de que allí se tiene la percepción de que hay mayor autoridad para resolver un conflicto.

Así lo demuestra la investigación que realizó (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013):

Se observó que las motivaciones o expectativas de los usuarios de la conciliación no son iguales cuando se acude a conciliar ante una autoridad

del Estado (que tiene poder simbólico)¹ que cuando se acude a centros de conciliación movilizado por la confianza en el operador. (p.21).

Además de lo anterior la conciliación extrajudicial en derecho privada adolece no sólo de falta de confianza ciudadana o mayor poder de autoridad, sino también padece de desconocimiento de existencia; las personas no saben que existe la conciliación extrajudicial.

Esto avizora que los centros de conciliación privados parecen estar en una seria crisis, es la institución de prestación de servicios menos conocida, con bajos niveles de utilización, y mal articulada con el resto de la oferta. Como se trata de conciliación extrajudicial, depende exclusivamente de la voluntad de los usuarios de acudir allí. Una vez llegan a los centros de conciliación privados no acceden, en realidad, a un menú integral de servicios de justicia. La integración vertical de todos estos métodos es importante porque cambia la percepción de los usuarios: no los vuelve una escalera donde unos y en particular, la conciliación, son prerequisites o condiciones de procedibilidad de los otros, sino más bien, dentro de una oferta integrada, su caso es enviado al método adecuado en función de las características de base de la conflictividad. Esta estructuración le da mayor flujo de casos a los MASC, y mayor credibilidad y eficiencia a su despliegue efectivo. La credibilidad en el sistema de justicia es un prerequisite para su funcionamiento. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013).

En resumidas cuentas contamos con una oferta de conciliación extrajudicial pública que se encuentra congestionada y una oferta de conciliación extrajudicial privada que se encuentra descongestionada frente a sus capacidad instalada, la pública tiene la primacía de integración y concentración de servicios llamados "service hubs" o centros concentradores de servicios y el privado se encuentra desarticulado.

1 La percepción de autoridad que motivan a los usuarios a acudir ante las autoridades del Estado y la institucionalidad que representan los funcionarios públicos pueden imprimir un efecto simbólico en las conciliaciones que permite una tasa alta de cumplimiento. Este poder simbólico no quiere significar que el usufructuario sea inducido a creer que la conciliación es una decisión de un tercero adjudicador sino que las conciliaciones hechas ante funcionarios del Estado, que son percibidos como parte de la autoridad estatal, pueden tener un mayor grado de seriedad que facilita el cumplimiento de los acuerdos. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013)

Por lo tanto para lograr esta articulación es necesario incluir a la oferta privada de la conciliación en el sistema Multidoor Courthouse², es decir incluir al sector privado en lo público, así el centro concentrador de servicios tendrá una red externa de conciliadores privados, no para que allí se descarguen casos, sino para que se trabaje en una estrategia conjunta de identificación de tipos de casos conciliables y formación de una ruta principal donde estos tipos de casos sean referenciados allí, los usuarios puedan tener la percepción que la conciliación es oficial, que tiene altos niveles de autoridad, y que estos servicios sean pagados por el Estado o los particulares contra el éxito de las diligencias llevadas a cabo en la red de conciliadores especializados articulados por la ventanilla pública de servicios. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013).

Como la gratuidad del proceso conciliatorio es factor importante, el Estado deberá pagar por estos servicios de los particulares, y como ya se dijo no es externalizar la conciliación sino abrir una nueva puerta dentro del sistema de conciliación pública.

De todas formas, se hace necesario que la comunidad conozca y reconozca la legitimidad de los centros de conciliaciones privados, por eso se debe emprender campañas de divulgación y promoción de la conciliación extrajudicial.

A manera de conclusión el auge de los métodos alternativos de solución de conflictos y en especial a la conciliación extrajudicial en derecho se debe a la crisis de la justicia y en general a la administración de la justicia por parte del Estado.

El gran reto que adelanta la conciliación extrajudicial es derribar la conceptualización de ser una herramienta de descongestión de despachos judiciales llevándola a su mayor potencialidad como herramienta eficaz, confiable y con todas las ventajas de ser en esencia una justicia que reconstruye tejido social y debe ser entendida como una institución socio-jurídica.

2 En Colombia se conocen como casas de justicia. Las Casas de Justicia son centros que reúnen diversas instituciones del Estado, nacionales y locales, para ofrecer servicios de justicia en forma coordinada.

Además la conciliación extrajudicial ha demostrado disminución a las barreras de acceso a la justicia; los costos para el ciudadano en tiempos, trámites y desplazamientos son inferiores a los que se causan en la judicialización de los litigios. Generando grados de satisfacción que refleja eficacia y confianza en la ciudadanía.

La conciliación extrajudicial pública es la merecedora de la gran demanda en nuestro país, gracias a la percepción de autoridad que se ejerce en proceso conciliatorio y su gratuidad al prestar el servicio.

Pues bien ante la desarticulación de los centros de conciliación privados se es necesario intégralos al sistema de multi-puertas, con el fin de que sean conocidos y que logren alcanzar la percepción ciudadana autoridad necesaria que produce la conciliación extrajudicial pública.

Finalmente se hace necesario que las condiciones de igualdad en la calidad del servicio de conciliación que prestan los conciliadores funcionarios públicos y los de centros de conciliación, no afecten el adecuado funcionamiento de la conciliación extrajudicial en derecho y por ende la administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (15 de junio de 2013). Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas. Obtenido de http://conciliacion.gov.co/portal/Portals/0/_CAPITULO-ANALISIS-MASC.pdf

CASTAÑO, G. (2004). Tratado sobre conciliación. Bogotá: Leyer.

COLOMBIA, Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-160 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

COLOMBIA, Corte Constitucional. (2001). Sentencia C- 1195 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda. Bogotá: Corte Constitucional.

- COLOMBIA, Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-902 de 2008, magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto . Bogotá : Corte Constitucional.
- COLOMBIA, Corte Costitucional. (2001). Sentencia C-893 de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda. Bogotá: Corte Constitucional.
- ESGUERRA, J. C. (2012). 20 años del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia. Bogotá : Ministerio de justicia y el Derecho.
- MERA, A. (s.f.). Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas. Recuperado el 6 de 6 de 2015, de Centro de estudio de juticia de las Américas: file:///C:/Users/Administrador/Downloads/mecanismosalternativosdesoluciondeconflictos_amera%20(1).pdf
- TARUFFO, M. (1996) "La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", en
- ANDRÉS, P. (editor), Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción, Madrid: Trotta
- NEMOGA SOTO, Gabriel Ricardo (1995) Crisis judicial: enfoques y elementos constantes. Pensamiento Jurídico; núm. 4, 107-130
- SOLETO, Helena. (2013). Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos. Madrid: tecnos.

LA MEDIACIÓN UNA FORMA DE PRIVATIZAR LA JUSTICIA

Rosa María Caycedo Guío

Introducción • 1. La mediación • 2. Características de la mediación • 3. Habilidades básicas de los mediadores • Conclusiones • Referencias.

* Abogada de la Universidad, docente investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. E-mail: rosa.caycedo@campusucc.edu.co

INTRODUCCIÓN

Esta presentación trata de una temática bastante compleja y novedosa con la que se pretende contribuir con una reflexión crítica en la que muchos doctrinantes presentan sus postulados y en la que muchos otros profesionales generan sus criterios al respecto.

Colombia, como estado social de derecho garantiza a sus ciudadanos el derecho a ser parte de un proceso judicial, derecho que debe estar basado en pretensiones legítimas y que tiene como finalidad la de definir un asunto litigioso de cualquier índole, a través de una decisión judicial que concluya en un fallo basada en el sistema. La crisis en nuestro sistema judicial se da por varios fenómenos, la falta de trámite en los procesos judiciales y la falta de reparación de las personas afectadas, al igual que generar congestión de los despachos judiciales en todas las instancias, fomentando la impunidad e inseguridad jurídica, donde se muestra ausencia de la administración de justicia por parte del Estado.

En el artículo número 13 de la Constitución Política de Colombia, la justicia se entiende como el derecho a la igualdad pero de fondo, o sea como una medida armónica para la ayuda de la convivencia y cambio social. De igual manera en el capítulo V artículo 95 numeral 7 y 9, donde hace referencia a los deberes y derechos de los ciudadanos, se plantea el deber de todo ciudadano colombiano de participar en el buen funcionamiento de la justicia, además de participar en su financiamiento.

En la ley 23 de marzo de 1991, el congreso decreto los mecanismos que poseen los colombianos para tener acceso a la justicia y que esta pueda dirimir ciertos conflictos que al no poder ser manejados de otra forma puedan ser gestionados a través del arbitramento, conciliación, mediación y demás revistiendo a particulares o funcionarios públicos para que cumplan estas funciones en casos especiales transitoriamente.

Es así como cualquier colombiano mayor de edad o menor representado por un adulto, puede presentar ante un juez o autoridad con esta competencia, una petición de intervención estatal en cualquier asunto, siempre y cuando sus objetivos sean claros y no vayan en contraposición de los derechos personales de otros o de los derechos colectivos y cuya pretensión o intención entrara a ser juzgada. Pero en nuestro país el juez

solo puede hacer una sugerencia al respecto, me refiero que estos, no pueden ser mediadores finales solamente una clase de consejeros para que las partes tomen conciencia y arreglen sus problemas con una mayor celeridad.

1. LA MEDIACIÓN

Es una forma pacífica de solución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes. (Mejía Gómez, Juan Francisco, 1997, pág. 26).

Por otra parte la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual las partes someten sus diferencias a un tercero diferente del Estado, con el fin de buscar un arreglo amistoso. En estos casos, el tercero neutral elegido no tiene ninguna calidad especial según la ley y sus propuestas no son de obligatoria acogida, reduciendo su función a buscar una solución aceptable para las partes. Por otra parte, podemos definir esta figura como el intento de poner fin a una diferencia a través de la participación activa de un tercero que recibe el nombre de mediador, quien trabaja para encontrar puntos de consenso y hacer que las partes en conflicto acuerden un resultado favorable.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Según López Martín (2007), las características de la mediación son:

- Voluntaria, las partes participan libremente en el proceso pueden manifestar u ocultar cierta información para llegar a un acuerdo o no.
- Proceso confidencial, se debe generar espacios adecuados para evitar que lo que se hable o exponga salga de ese espacio y sea utilizado en desventaja si no hay acuerdo.
- Es recíproca y cooperativa, facilita la comunicación entre las partes involucradas en el conflicto en la búsqueda de una solución satisfactoria y creativa que ponga fin a la controversia.

- Es amistosa e informal, se utiliza un lenguaje sencillo, cotidiano fuera de términos pruebas como sucede en los estrados judiciales.
- Eficaz y rápida, se define en el mismo acuerdo que se dé sin ir a otras instancias sin desgaste físico y económico.
- Neutral e imparcial, el tercero llamado mediador debe estar libre de favoritismos por alguna de las partes. Las múltiples caras de la mediación. (López Martín, 2007, pp. 16-20).

3. HABILIDADES BÁSICAS DE LOS MEDIADORES

- Capacidad de gestionar la diversidad
- Capacidad de tomar decisiones con poca información.
- Capacidad de convicción.
- Capacidad de rendir bajo presión.
- Capacidad de tener roles de liderazgo.
- Capacidad para gestionar las situaciones de tensión. Galvan Sout, (2010), pp.63.

Para poder hablar de mediación, obligatoriamente debemos referirnos a un conflicto, "La mediación aparece cuando existen dos o más personas que tienen un conflicto y que, tras intentar solucionarlo por ellas mismas y no quedar satisfechas con el resultado obtenido, deciden acudir a un tercero para que les ayude a intentar solucionarlo. Parga, Milagros, Otero. Pag174.

La humanidad desde tiempos remotos conoce de diversos tipos de conflictos, los que deben ser resueltos de la mejor forma posible, con el fin de evitar en gran medida, que se provoque un daño de carácter psicológico entre las partes que sufren de las discrepancias.

Por tanto la justicia se ha atemperado a las particularidades y necesidades de las personas y del momento específico, para garantizar la

tranquilidad y el orden social, como elementos indispensables para una convivencia pacífica entre todos los hombres.

Nuestra sociedad reclama, en definitiva, diferentes formas de gestión de los nuevos y viejos conflictos que eviten el enfrentamiento abierto y los costos de todo tipo que esto implica.

Posiblemente todo ello ha contribuido a que, en los últimos años, se haya incrementado, en todos los países integrantes de nuestro entorno cultural, la búsqueda de nuevas alternativas y un creciente interés por encontrar vías de gestión de los conflictos, diferentes de las tradicionales". VILLAGRASA ALCAIDE, C. y VALL RIUS, A.M. La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares. Párrafo 3 y 4.

Los conocidos métodos alternos de resolución de conflictos incluyen el arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación. Por ningún motivo intentan desvirtuar el concepto de justicia y mucho menos hacer desaparecer los Tribunales, por el contrario, resultan ser una alternativa que auxilia y complementa la misión que hasta el momento han venido desempeñando.

En tiempos remotos haciendo referencia a la comunidad primitiva donde no existía el Estado y el Derecho. Sus miembros eran iguales, con una descendencia común, responsables de la convivencia social y de la conducta de todos, por tanto no era necesario la creación de un aparato coercitivo que aplicara sus normas. Los hombres mantenían el orden social, jugando un papel decisivo, los jefes quienes tenían la autoridad por sus cualidades personales y la moral que descansaba en el prestigio logrado por su valor, su destreza en la guerra, en la caza o en la pesca. FEDERICO ENGELS (2012) en su obra: "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado"; manifiesta: "En el Estado primitivo de la sociedad no existía aún el Derecho positivo..."p24.

La justicia atendiendo a su significado etimológico es la virtud que nos hace dar a cada cual lo que le corresponde, lo que debe hacerse según derecho o razón... DE TORO Y GISBERT, M. (1968). Diccionario: "Pequeño Larousse Ilustrado". Edición Revolucionaria. Instituto del Libro.

La mediación ha ido alcanzando con el pasar de los años múltiples terrenos. Desde el punto de vista gramatical se deriva del latín *mediatio*, *mediationis*, que significa acción y efecto de mediar; por ello el mediador, *media*; interviene para resolver algún conflicto, haciéndolo como parte neutral para proponer una solución; es un proceso mediante el cual un mediador le ayuda, facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal (“discutir el asunto”) y tratar de resolverlo.

El mediador no es un juez y no decide quién es culpable o inocente. El proceso de mediación es flexible y permite encontrar con el mediador sus necesidades más importantes” CASTANEDO ABAY, A. (2009). *La Mediación para la gestión y solución de conflictos*. Ediciones ONBC. La Habana, Cuba. (2009), p 3. “El proceso de mediación no debe sustituir la vía judicial, sino que es una vía alternativa e incluso complementaria de ella, que supone que en la vía judicial pueda seguirse en forma amistosa, significando un menor costo para las partes involucradas, en lo económico, en el tiempo y en lo emocional.

Vale aclarar que en el procedimiento denominado controvertido se termina, en la mayoría de los casos, con una resolución judicial, pero esto no pone fin al conflicto, que incluso suele agudizarse en la fase de ejecución de sentencia” PALACIOS FANTILLI, J.M. y WAIMBERG CÁCERES, P. “Mediación Familiar - Emociones en Juego”. I Congreso Nacional y regional sobre Arbitraje y Mediación. Acceso a Justicia, Seguridad Jurídica y Alianzas estratégicas en el escenario de integración regional” Workshop Mediación judicial y extrajudicial. CD Diplomado de Mediación. Párrafo 8.

El sistema judicial producto de su antigüedad posee la confianza de la sociedad, debido a la seriedad que de por sí representan los jueces, la toga y el estrado; además se le reconoce por la fuerza ejecutiva de sus resoluciones. Existen litigios que solo pueden ser solucionados en el Tribunal, porque la ley no regula otra posibilidad, pero en otros casos depende de la voluntad de los interesados, ellos son los que eligen su conflicto por una vía alterna al tribunal o si se circunscriben al proceso judicial tradicional.

Haciendo una breve comparación de nuestra legislación respecto a este tema con la legislación española se puede apreciar, que en 2012 tuvo lugar un importante acontecimiento con relación a este tema, aprobándose la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, donde existían tantos problemas y retrasos que había sufrido hasta su elaboración. Así pues, enmarcado como una iniciativa en El Plan de Modernización de La Justicia, pretende representar un importante impulso normativo para aliviar La carga de trabajo a juzgados y tribunales mediante la resolución en el ámbito extrajudicial.

Con ella, la ley incorporaba al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles pero no sólo limitándose únicamente a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos sino que su regulación iba más allá del contenido de esta norma, en línea con la previsión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, conformando un régimen general aplicable a toda mediación que tuviese lugar en España, y que pretendiese tener efectos jurídicos vinculantes, con arreglo a un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002. En España la mediación ha tenido mayor evolución ya que su aplicación no solo se da en el ámbito extraprocésal sino procesal y además en las diferentes áreas del derecho las cuales fueron mencionadas anteriormente, Al igual que se tiene una norma que reglamenta y regula su aplicación. Y en Colombia solo se aplica como una solución alternativa de conflicto extraprocésal y por el poco conocimiento de sus bondades no tiene plena aplicabilidad.

El mecanismo que aparece bajo las teorías de la justicia restaurativa en materia penal ley 906 la resolución de conflictos, denominado mediación, y que podría ser útil frente a la situación que vive la sociedad colombiana y frente a las necesidades del pueblo Colombiano y en las diferentes áreas Por mediación se entenderá aquel proceso de resolución de disputas en el tercero neutral llamado mediador, facilita la comunicación y negociación entre las partes para que estas logren llegar a un acuerdo voluntario y mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa. (Núñez Ojeda, Raúl, 2009, pág. 16).

En Colombia, con la Ley 975 de Justicia y Paz de 2005 genero la aplicación de la justicia restaurativa como mecanismo alternativo de solución de conflictos El propósito de la justicia restaurativa es que, por medio de la verdad, la justicia y la reparación, se restituya el lugar de la víctima y que el victimario comprenda el daño que realizó a las personas y a la sociedad. La mediación como herramienta de la justicia restaurativa. Es una forma pacífica de solución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes. (Mejía Gómez, Juan Francisco, 1997, pág. 26).

En las últimas décadas la violencia ha incidido notoriamente en la convivencia de las instituciones educativas de Villavicencio, por cuanto han aumentado notoriamente los conflictos, razón por la cual se hace necesario aplicar planes estratégicos que orienten las conductas agresivas de los niños, niñas y adolescentes, a conductas pacíficas, que posibiliten la mediación y el buen trato, a través del dialogo, la aplicación de los valores y principios, desafortunadamente los seres humanos utilizamos el conflicto y la violencia como formas de comunicación con el fin de obtener algo. Estos conflictos se dan desde que se nace, ya que se encuentra en la familia como la primera institución socializadora y base de la sociedad en donde se puede dar un ambiente hostil y conflictivo, que incide de esta misma forma, en el segundo hogar que es la escuela, o establecimiento educativo.

Se debe buscar la convivencia y generar espacios donde el diálogo, y el respeto por el otro sea la base para expresar lo que se siente sin maltratar al otro, ya que la libertad de uno va hasta la libertad del otro sin afectar los intereses de otro. A través de talleres lúdicos reflexivos, que permitan dar a conocer las bondades de la mediación, que consisten en la realización de actividades prácticas, seguidas por el análisis colectivo, con metodología participativa; se permitirá a los niños, niñas y adolescentes mostrar su realidad y expresar sus pensamientos.

El conflicto ocupó un lugar importante en la vida escolar, por cuanto es un reflejo de los fenómenos sociales de la actualidad, nuestro Estado

Colombiano vive la violencia económica, social, racial, religiosa, etc. Es importante que todos los actores de las comunidades y especialmente las escolares, Esta problemática se desprende del estudio de los fenómenos que generan las relaciones sociales que el escenario educativo generaba. Según Boque Torremorell, Carme (2007) "El conflicto equivale hablar de desorden, de destrucción y en último extremo, de guerra (...) todo ello desemboca en una sociedad regida por el individualismo cuyas normas y valores justifican el uso de la violencia como vía de formación de la autoestima, de la estima grupal y de la dominación social". (p.33).

La Mediación Escolar es una solución de conflictos, con la aplicación de una serie de valores y procedimientos que educan en la cultura de la Paz y el dialogo sin llegar a instancias judiciales, generando una gestión adecuada que permite la solución de los conflictos de una manera pacífica, participativa y democrática.

El carácter y disposición de la comunidad estudiantil permite que los ambientes de hostilidad, generado por el reflejo del entorno social y familiar se generen iniciativas de búsqueda de convivencia sana y pacífica en los centros educativos, basados en los principios y valores. En el campo escolar deben tomarse con mucha seriedad estos procesos para que surtan el efecto que de ellos provienen, el carácter neutral en la medida en que toda la comunidad educativa se comprometa. Las múltiples caras de la mediación (López Martín, 2007).

La búsqueda de un método de convivencia sana, estará conformada por muchos procesos y actuaciones en diferentes aspectos de la vida del centro, y este funciona básicamente con el equipo humano debidamente capacitadas y con disposición de los funcionarios y la comunidad en general creación de grupos de Mediación Escolar, formados por miembros de todos los sectores de la comunidad educativa, representantes de los estudiantes, profesores administrativos y padres de familia, que permita dinamizar la convivencia pacífica escolar, como lo muestra un estudio realizado en el colegio seis de abril del municipio de Villavicencio Con el cual se inició estableciendo los fenómenos que genera los conflictos al interior del colegio de la siguiente forma.

Se realizó una encuesta que arrojó los siguientes datos:

Numero de encuestados 80 estudiantes de bachillerato; El 87% de los estudiantes ha tenido conflicto con otros compañeros; ¿cuándo se presenta un conflicto a quien acuden? El 74% de los estudiantes manifiestan que frente a sus problemáticas, acuden a “un docente o familiar allegado”; y el 16% “con cualquier persona” y un 9% “amigo o amiga”.

¿Conoce si el colegio tiene un procedimiento para solucionar los conflictos? El 75% de los estudiantes reconocen que el Colegio cuenta con un procedimiento establecido para ayudarles a solucionar sus conflictos.

Sólo el 46% de los estudiantes reconoce dentro del colegio a personas capacitada para ayudarles a solucionar sus conflictos.

Frente a la percepción de los estudiantes que han acudido al colegio para solucionar sus conflictos, manifiestan que la solución ha sido “medianamente satisfactoria”, en un 30%, “satisfactoria” en un 25% y “insatisfactoria” en un 19%.

Se les realizó una pregunta sobre si conocían la mediación, el 80% respondió que no conocían la mediación. De acuerdo a estos resultados vemos que es necesaria la implementación de la mediación como solución alternativa del conflicto ya que traería beneficios a la comunidad estudiantil.

CONCLUSIONES

Es necesaria una ley que regule la mediación como solución alternativa de conflicto con el fin de descongestionar los despachos judiciales y darle mayor credibilidad a este mecanismo al igual que limitar el poder en el tiempo y el espacio para evitar abuso de poderes.

Denotamos en el trabajo de campo que se ha realizado en las diferentes comunidades e instituciones, que los participantes no conocen de la mediación como solución alternativa de conflictos al igual que se evidencia la dificultad en la convivencia entre las diferentes comunidades y especialmente los niños, niñas y adolescentes es difícil e intolerante, por la falta de amor y difusión de los valores: como el respeto, la amistad, solidaridad etc. Comprender que es un conflicto, la comunicación

abierta entre las partes, expresar y reconocer pensamientos, emociones y desarrollar habilidades que conlleven a vivir en paz y tranquilidad conociendo la mediación como solución alternativa de conflictos

Que es necesaria la capacitación a los jóvenes ya que son el futuro de nuestra sociedad sacando su potencial de liderazgo comunitario en la resolución de conflictos; superando los topes de la intolerancia, incomprensión de nuestra comunidad estudiantil reflejo de la violencia que vive nuestro país y específicamente Villavicencio, donde convergen familias producto del desplazamiento forzado, violencia intrafamiliar, delincuencia común entre otros.

REFERENCIAS

BOQUE TORREMORELL, Carme (2007). Guía de mediación escolar. Segunda edición. España. Pag.33.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (sept., 2011), Presidencia de la República. [Versión DX Reader]. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

DE TORO y GISBERT, M. (1968). Diccionario: Pequeño Larousse Ilustrado. Edición Revolucionaria. Instituto del Libro.

GALVAN SOUT, (2010), la mediación un instrumento de conciliación. Madrid.pp. 63

ENGELS, Federico, (2012). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.pag24.recuperado de file:///D:/ESCRITORIO/el_origen_de_la_familia.pdf

LEY 23 del 21 de marzo de 1991. Recuperado http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/Conciliacion-en-lo-Contencioso-Administrativo/Manual/NORMAS/leyes/Ley_23_de_1991.pdf

LEY 975 del 25 julio del 2005. Recuperado de http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/Normativa/LEY_975_250705.htm

LEY 5 del 2012 España. Recuperado de <http://sid.usal.es/leyes/discapacidad/17050/3-1-7/real-decreto-ley-5-2012-de-5-de-marzo-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles.aspx>

MEJÍA GÓMEZ, Juan Francisco. (1997) Resolución alternativa de conflictos, curso sobre resolución alternativa de conflictos. Generalitat de Valencia, España, pág. 26.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. (2009) negociación mediación y conciliación, como métodos alternativos de solución de controversias, Leyer, Bogotá, pág. 163.

PARGA, Milagros otero, capítulo 11: las raíces históricas y culturales de la mediación, Mediación y solución de conflictos, ed Tecnos, pg174 y ss.

WEBGRAFIA

<https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen>

revistademediacion.com/wp-content/.../Revista-Mediacion-05-03.pdf

biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3392/8.pdf

es.thefreedictionary.com/justicia

ABUSO DEL PODER DE LOS ARBITROS: ANÁLISIS
DEL IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO

“Decreto y practica de medidas cautelares
innominadas y anticipatorias”

Doris Milena Cuesta Cuesta*

Introducción • 1. Abuso del poder de los árbitros: análisis del impacto en el ordenamiento jurídico colombiano • 1.1. Definición de Medidas cautelares • 1.1.1. Concepto de Medidas cautelares innominadas y anticipatorias • 1.2- Mecanismos alternativos de solución de conflicto • 1.2.1.- Evolución normativa en materia de medidas cautelares en el arbitraje • Conclusiones • Bibliografía.

* Docente investigadora en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos “MASC” Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Quibdó, Especialista en Derecho Procesal Penal – Universidad Cooperativa de Colombia, Derecho Administrativo – Universidad Nacional de Colombia y candidata a Magister en Derecho con Énfasis en Derecho Procesal – Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual las partes defieren a un tercero la solución de sus controversias¹; conforme a la legislación actual este ha tenido un desarrollo considerable, no solo porque a partir de la Constitución de 1991, se le otorgaron amplias facultades a los árbitros, sino que con la Ley 1563 de 2012, las mismas fueron extendidas a las nuevas formas de hacer que el laudo arbitral no sea nugatorio mediante la utilización de medidas cautelares innominadas y anticipatorias; por otro lado, en cuanto al tema de medidas cautelares, con las facultades otorgadas en la Ley 1563 de 2012, se fortalece el papel del árbitro en el ordenamiento jurídico, aunado a ello la inadmisión o rechazo de la demanda por parte de los jueces cuando se ha pactado cláusula compromisoria; desvirtúa la alternatividad de esta figura, máxime cuando la misma constitución al árbitro le otorga la facultad de administrar justicia transitoriamente. Por ello cabe resaltar que en un Estado Social de Derecho donde las garantías constitucionales y legales deben ser observadas en todas las actuaciones judiciales es preocupante que cada día el arbitraje se fortalezca y los órganos judiciales se debiliten atendiendo a las necesidades de justicia pronta y cumplida que no puede otorgarse por la congestión judicial. Las medidas cautelares como podrá evidenciarse, estaban atribuidas a los jueces, pero con los cambios legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios, pueden ser decretadas por árbitros y practicadas por los jueces ya sean municipales o del circuito dependiendo la cuantía del proceso o naturaleza del asunto. El propósito del presente trabajo es demostrar que la jurisdicción arbitral es una forma paralela de jurisdicción ordinaria, pero de carácter particular; señalando que el arbitraje no es como tal un mecanismo alternativo de solución de conflicto; siendo un instrumento ágil y costoso que limita no solo el acceso a la administración de justicia, sino también el derecho a la igualdad, lo que constituye una forma clara de justicia privada. El tema será abordado desde varios puntos de vista: medidas cautelares, mecanismos alternativos y acceso a la administración de justicia.

1 Art. 1º, Ley 1563 de 2012

1. ABUSO DEL PODER DE LOS ÁRBITROS: ANÁLISIS DEL IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

“Decreto y practica de medidas cautelares innominadas y anticipatorias”

Para referirnos a este título es necesario realizar una breve definición de lo que han manifestado algunos autores sobre el tema del arbitraje, teniendo en cuenta que ha sido considerado un mecanismo alternativo de solución de conflictos que después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, se ha ido posicionando y convirtiéndose en el más utilizado, ágil y costoso procedimiento jurisdiccional, pese a la discusión suscitada por algunas escuelas como: la procesalista y la contractualista sobre si es contractual o jurisdiccional. Generando además posiciones encontradas en cuanto a mecanismo alternativo, una forma de justicia privada o herramientas que permiten solucionar una controversia de forma pacífica, teniendo en cuenta que se presenta una confrontación o litigio y máxime se decretan medidas cautelares no las establecidas taxativamente, sino también las que el árbitro considere pertinentes, tal como lo establece el Art. 32 de la Ley 1563 de 2012; comisionando su práctica, según la misma norma al Juez Civil Municipal o del Circuito del lugar donde deba practicarse la medida o en caso que sea parte una entidad pública al Juez Administrativo. Para desarrollar este tema y sobre todo el Art. 32 de la norma en mención que inicia a levantar ampollas en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente las facultades otorgadas por el legislador al árbitro en materia de decreto y practica de medidas cautelares; por lo que es indispensable realizar un recorrido histórico - jurídico sobre las medidas cautelares, su procedimiento en otras materias y su evolución legal en el arbitraje; lo que una vez más evidencia que el arbitraje no es un mecanismos alternativo de solución de conflicto propiamente dicho, sino una jurisdicción de particulares que como el inc. final del Art. 116 de la C. N. preceptuó, “Los árbitros y conciliadores están investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia...” y detalladamente encontramos marcadas diferencias entre la conciliación y el arbitraje.

1.1. Definición de Medidas cautelares

Las medidas cautelares se han definido como aquellas que (...) puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden

resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (López, 1997, p. 1023)². Si observamos esta definición contiene los presupuestos y características de las medidas, asignada su competencia en un principio al juez, pero en la actualidad extendida al árbitro por las normas legales y el papel que cumple en el procedimiento arbitral. Tendiente a evitar que el laudo arbitral no sea nugatorio, pese a la celeridad de este tipo de procedimiento. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. La Corte Constitucional señaló, que: “estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido...”³. Las medidas cautelares han sido concebidas, como una tutela jurisdiccional cautelar o efectiva, cuyo objeto es la protección del derecho en litigio, asegurando con ello la efectividad de la sentencia o laudo arbitral; así como también se utilizan para llevar a cabo el recaudo de elementos de prueba que en un momento determinado sean pertinentes y relevantes en la controversia (Parágrafo del Art. 32 de la Ley 1563 de 2012). Para ello, consagra la misma norma debe existir la apariencia de un buen derecho (*fumus bonus iuris*) y el peligro en la mora (*periculum in mora*). Debemos recordar que Según (Alvarado, 2010, p. 836), la tutela judicial cautelar (o precautoria) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés. Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del embargo preventivo,

2 López Blanco, H. F. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I. Parte General. Bogotá: Dupré.

3 Colombia. Corte Constitucional – Sentencia C - 379 del 27 de abril de 2004. M. P. Alfredo BELTRAN SIERRA. Exp. No. D4974

mediante el cual y hasta el día de hoy se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia. Aunque, hay que tener en cuenta que estas favorecen al demandante antes de que se dicte sentencia, pues constituye un elemento preventivo; por lo que la legislación ha adoptado como mecanismo la prestación de una caución, lo que garantiza el resarcimiento del daño que pueda causársele al demandado en caso de que la sentencia sea desfavorable a las pretensiones del demandante. Por otro lado, vale la pena aclarar que, así como se establecieron unas medidas cautelares taxativas, el legislador dejó en libertad tanto al árbitro como al juez de la aplicación de otras medidas cautelares a las cuales la doctrina ha llamado innominadas y cuando anticipan el resultado de una sentencia judicial anticipatorias.

1.1.1. Concepto de Medidas cautelares innominadas y anticipatorias

Al hablar de esta clases de medida y la forma como están concebidas, debemos conceptualizar sobre cada una de ellas, teniendo que las medidas cautelares Innominadas o atípicas, hacen referencia a que no están consagradas en la norma de manera taxativa, es decir, son aquellas que el juzgador puede decretar a petición de parte atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; sin desconocer además el *fumus bonus iuris* y el *periculum in mora*, siendo estos presupuestos fundamentales al momento de decretarlas y cuando haya lugar, tener en cuenta la contracautela para contrarrestar el daño que pueda causársele al demandado o en tratándose de medidas relacionadas con pretensiones pecuniarias, según lo expresado por el C.G.P, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar el levantamiento o modificación, prestando una caución para garantizar que se cumpla la eventual sentencia a favor del demandante o la indemnización de perjuicios en caso de no ser posible su cumplimiento.

El Código General del Proceso, en su Art. 590, Literal C. Nral. 1, ha preceptuado al respecto: “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... así mismo el juez tendrá en cuenta la apariencia del buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida...”

Para algunos autores, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares innominadas corresponde estrictamente al ámbito jurisdiccional y radica en constituir una tutela para asegurar o garantizar que no se le cause un daño o perjuicio inminente o de difícil reparación al derecho de una de las partes durante el proceso, resguardando así uno de los fines principales del derecho, formado por la aplicación de una justicia, rápida y eficaz. Por lo demás, esta tutela anticipada puede ser concedida en el curso del proceso, formando una barrera protectora contra los males que pueden surgir por el transcurso del tiempo, en perjuicio de una de las partes, resguardando de forma efectiva los derechos de las partes y asegurando que exista con que satisfacer los derechos del victorioso en la litis.⁴

De la Ley 446 de 1998, se deduce que no solo existen medidas cautelares nominadas, sino que las mismas pueden ser innominadas, al preceptuar en su Art. 15:

“Los posesorios especiales previstos en el Código Civil y las acciones populares, actualmente reguladas por la Ley, se tramitarán por el procedimiento abreviado en dos instancias... además...se podrán practicar las demás que el juez estime pertinentes”. Así mismo en el Código Civil, art. 959, inciso 2, referente a Acción reivindicatoria: “... 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”. En el art. 659 núm. 6, inc. 2° sobre Interdicción del demente: Además de la interdicción provisoria, “también se podrán decretar las medidas de protección personal del paciente que el juez considere necesarias” y en los arts. 245 y 246 sobre Propiedad industrial: “podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares...”. El legislador ha dejado un amplio margen para que el juzgador puede de conformidad a las pretensiones reclamadas por el actor y a los fundamentos facticos

4 <http://jlegadojuridico.blogspot.com/2010/06/medidas-innominadas.html>

decretar las medidas que ha bien considere, siempre y cuando con las mismas no se cause un perjuicio al demandado; aunque para ello como fue anotado con anterioridad se exija la contracautela.

En países Argentina, ha surgido las medidas cautelares autosatisfactiva, entendidas como:

Soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados sean atendibles". Son soluciones definitivas –sin perjuicio de las vías de impugnación, lo que de inmediato las diferencia de las medidas cautelares corrientes o entendidas en su forma clásica. No requieren la iniciación de un ulterior procedimiento principal para evitar su caducidad. Para su procedencia se exige, en vez del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, una "fuerte probabilidad" del derecho reclamado y un "perjuicio irreparable" que puede ocasionar un retardo en la respuesta judicial. Esta clase de medidas tiene su origen en una serie de consideraciones de orden práctico.⁵

Según (Peyrano, 2001, p. 16 – 19), no participan de la clase medidas cautelares, siendo las medidas autosatisfactivas una especie del género de los procesos urgentes (dentro del cual están por otra parte las medidas cautelares). El autor argentino resume esto en su famosa frase "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar", con lo que hace la diferencia entre medidas cautelares clásicas y las autosatisfactivas, señalando el carácter urgente pero no cautelar de éstas⁶.

En nuestro criterio esta clase de medida lo que buscan es no solo la materialización del derecho reclamado, sino la ágil y eficaz administración de justicia, pero en esto si estamos de acuerdo con algunos autores, en cuanto se podría atentar contra derechos constitucionales fundamentales como es el derecho de defensa, así sea prestada la contracautela. En el ordenamiento jurídico colombiano las medidas cautelares cualquiera sea su naturaleza, nominada, innominada o anticipatoria están atribuidas su decreto y práctica, no solo a los funcionarios judiciales (jueces y magistrados), sino también a los árbitros que hacen parte de la jurisdicción particular.

5 ibíd.

6 Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 14, 19)

1.2- Mecanismos alternativos de solución de conflicto

La existencia de formas diversas como la negociación, la mediación e incluso el arbitraje (amigable componedor, “el hombre bueno”), se encuentran ligadas a la sociedad misma, a las comunidades rurales, los niveles más básicos de entidad social. Estas forman parte de las reglas de conducta y de control social que se pueden encontrar en la historia de las sociedades, y que no tienen su origen ni su legitimidad en una organización especializada como es el Estado. Se encuentran de forma más intensa en sociedades precapitalistas, en las primeras fases del desarrollo capitalista o en pequeñas comunidades, en las que el conflicto no estaba judicializado y su solución se efectuaba a través de instituciones sociales.⁷ En Colombia, muy especialmente, estas fórmulas se están promoviendo desde una gran multiplicidad de instancias públicas y privadas, y su proliferación tiene que ver con la necesidad sentida ampliamente de reconstruir una sociedad totalmente desestructurada y con muy altos niveles de conflicto solucionados violentamente, que condicionan todo el actuar personal y social. La extensión de numerosos programas de este tipo tiene más contenido de participación social, educación para la convivencia, de acciones de asistencia social y justicia social como formas de administrar justicia.⁸ Los mecanismos alternativos de solución de conflicto fueron concebidos como herramientas jurídicas o formas de justicia comunitaria, que permiten a las partes solucionar sus controversias ya sea de forma directa o a través de un tercero imparcial y neutral. Si bien el arbitraje forma parte de los mecanismos, es de aclarar que en un principio su forma se establece mediante la cláusula compromisoria o el pacto arbitral, evidenciándose una voluntad de las partes que se concreta en el contrato, pero una vez, es suscrita el conocimiento es de los árbitros que a través del proceso arbitral toman la decisión que en derecho, equidad o técnicamente favorezca a una de las partes y es allí, donde el árbitro se convierte en un particular que actúa como juez de la república.

7 Edgar Ardila Amaya, “Justicia comunitaria. Participación en la construcción de la paz”, en Los Jueces de Paz. Una justicia para el nuevo milenio, Cali, Ediciones Escuela Ciudadana, 1999.

8 GARCIA, Rosario. “Aproximación a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en América latina. El otro derecho. 2002. Bogotá D.C.. Ilsa. p. 155

1.2.1. Evolución normativa en materia de medidas cautelares en el arbitraje

Tradicionalmente se ha sostenido que los árbitros poseen jurisdicción pero carecen de imperium (Herrera, 2007, p. 665). Tal ausencia (de imperium) apuntala a la vez la idea de que el árbitro no puede llevar a cabo o ejecutar las medidas coercitivas que le permitan garantizar el cumplimiento de sus decisiones, y en ese sentido, tal fuerza coercitiva o coactiva debe ser ejercida (o desarrollada) por otro funcionario estatal. Conforme a esto, no resultaría, bajo aquella perspectiva, procedente, o por lo menos aceptable, en tratándose de la justicia arbitral, la potestad en cabeza del árbitro para decretar y llevar a la práctica medidas cautelares. El ordenamiento jurídico colombiano había sido nutrido con distintas disposiciones legales que reglamentaban el arbitraje. Así, con la Ley 105 de 1890 se dispuso que los “arbitradores” podrían conocer de aquellas “controversias que ocurran entre personas capaces de transigir”, decidiendo las mismas a través de una sentencia cuya fuerza era equivalente a la de cualquier juez. No consagró la mencionada Ley una sola disposición específicamente referida a la posibilidad de que “arbitradores” pudiesen decretar medidas cautelares, por lo que se podía inferir que la habilitación que se les daba a los mismos no se extendía hasta el decreto de las mismas.⁹ Posteriormente, mediante la Ley 105 de 1931 se adoptó un nuevo “código judicial”. En el título XLVII de dicho estatuto se consignaron las reglas atinentes al “Arbitramento”, las cuales fueron muy similares a las dispuestas en la Ley 105 de 1890. Posteriormente, la Ley 2 de 1938, por medio de la cual “se da validez a la cláusula compromisoria”, se refirió al arbitraje en sus siete artículos, define qué se entiende por “cláusula compromisoria” y dispuso que “Las sentencias arbitrales se ejecutorian desde que queden notificadas y son inapelables”. Sin embargo, esta normativa tampoco hizo referencia alguna al poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares. Con el Decreto-Ley 1400 de 1970 se adoptó el Código de Procedimiento Civil, que empezó a regir a partir de 1971. En este Código se reguló el proceso arbitral (art. 633 a 677), y en el numeral 11 de su artículo 671 se dispuso la prohibición explícita de que los árbitros pudieran

9 Ibid.

decretar o practicar medidas cautelares.¹⁰ Por el Decreto-Ley 410 de 1971 se expidió en Colombia un nuevo Estatuto Mercantil, dejándose de lado el anterior régimen normativo contenido en el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo, adoptados ambos por la Ley 57 de 1887. Este nuevo código incorporó una regulación más precisa y detallada del proceso arbitral en comparación con las regulaciones que lo precedieron, y como se hizo en el Decreto -Ley 1400 de 1970, se incorporó una disposición por la cual expresamente el legislador se refirió a la posibilidad o no de decretar medidas cautelares los árbitros, indicando en forma clara y explícita que en este tipo de juicios el Tribunal no podía decretar tales medidas (art. 2019 -10). La prohibición entonces apareció en forma enfática, con carácter general y sin excepción alguna, al margen de la naturaleza de la pretensión sometida a los árbitros y al hecho, incluso, de que las partes hubiesen acordado algo distinto. Así las cosas, la prohibición consagrada en el artículos 671 del CPC y en el 2019 del Código de Comercio no ofrecía mayor discusión. En tales disposiciones expresamente se dispuso que el poder de los árbitros no se extendía al decreto de medidas coercitivas o de ejecución. Por ello, hasta la expedición del Decreto 2279 de 1989, la doctrina mayoritaria, así como la legislación, asociaba el poder para practicar medidas cautelares exclusivamente a los jueces del Estado, con jurisdicción permanente. El Decreto 2279 de 1989 reorientó un poco la cuestión atinente a la regulación de la potestad de los árbitros para practicar medidas cautelares. Su artículo 32 estableció que en los juicios arbitrales “a petición de parte” procedían medidas cautelares, las cuales, en todo caso, se limitarían: (i) a la inscripción del proceso “en cuanto a los bienes sujetos de registro” y (ii) al secuestro de los bienes muebles. Agregó el mismo artículo que en lo atinente al momento procesal en que tales medidas podían ser decretadas, ello era viable una vez el tribunal asumiera competencia o posteriormente “en el curso del proceso”. Se colige que el artículo 32 aludido, en forma por demás expresa, hizo referencia a dos tipos de cautelas que se abrirían paso en el proceso arbitral colombiano, consagrando con esta fórmula, por vía especial, y siguiendo la Ley Modelo de Uncitral (Cámara de Comercio de Bogotá, 1977, p. 42) una regulación un tanto distinta de la prohibición que por vía general había recogido el artículo

10 Carlos Ernesto Quiñones Gómez 388 revista de derecho, universidad del norte, edición especial: 371-399, 2012 ISSN: 0121-8697 (impreso) • ISSN: 2154-9355 (on line)

2019, numeral décimo, del Código de Comercio (Decreto-Ley 410 de 1971). De esta manera, el sistema jurídico contenía unas disposiciones generales en el CPC y otras particulares referidas al proceso arbitral. El Decreto 1818 de 1998, por el cual se expidió el “Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos” y se compilaron las disposiciones legales atinentes al arbitraje, incorporó el artículo 32 del Decreto 2272 de 1989 y la Ley 23 de 1991 (art. 110), con relación a la posibilidad de que los árbitros pudiesen practicar medidas cautelares en el proceso arbitral. La regulación fue semejante a la precisada en tales normativas, de manera que las condiciones y cautelas citadas en tales disposiciones se repitieron en el artículo 152 del Decreto 1818. Disposiciones normativas y jurisprudenciales han dejado sentada las bases para afirmar que el arbitraje es un proceso, tal como ha sido establecido en el Art. 3º de la Ley 270 de 1996, que preceptúa que “Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso”. La Corte Constitucional en sentencia C – 431 de 1995, ha manifestado que: “No obstante que el arbitramento se origine en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes, una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes... Quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política”¹¹. Así mismo el Art. 114 Inc. 2º de la Ley 23 de 1991, consagró que los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y “facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil”, situación está que dejó en libertad a los árbitros para llevar a cabo procesos arbitrales, aplicando las normas no solo de la materia sino que también las concernientes a procesos ordinarios y administrativos.

Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral podrían convertirse en un detonante de arbitrariedades en el arbitraje, al no ser taxativas y otorgarle a un particular dichas facultades, aunque sea una persona idónea por el perfil que la norma exige, no deja de ser riesgoso para la ciudadanía que sea más expedito acudir al árbitro que al juez, pues es un procedimiento ágil y eficiente y sobre todo que garantiza el resultado más rápido que la justicia ordinaria, favoreciendo a la parte que el árbitro considere es la depositaria del derecho. Situación

11 Sentencia C – 431 de 1995. M.P. HERRERA VERGARA, Hernando.

que podría desconocer el derecho a la defensa, prejuzgar antes de emitir el laudo y sobre todo la imparcialidad del árbitro estaría afectada por las medidas dictadas anticipadamente en el trámite arbitral.

CONCLUSIONES

- El arbitraje como fue anotado al inicio, aunque es concebido como un mecanismo alternativo de solución de conflicto, podríamos decir que con el avance normativo se ha convertido en una jurisdicción de carácter particular, en la cual de acuerdo a las facultades otorgadas por el legislador se administra justicia de manera transitoria a través de un procedimiento que el mismo legislador ha regulado, lo que no sucede en los demás mecanismos en los cuales no hay Litis, sino más bien acuerdos entre las partes o concesiones recíprocas de derecho.
- Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias que pese a estar en nuestras normas anteriores, es el CGP, quien de manera expresa las consagra, podrían en un momento determinado ir en contra de derechos fundamentales como lo es el derecho de defensa, pese a ser una herramienta fundamental para la efectividad del derecho reclamado; lo que se convierte en un desafío en nuestra administración de justicia para la aplicación de las mismas, teniendo en cuenta el daño que podría ocasionarse si el Juez es ligero en decretarlas.
- Es preocupante asignarle estas facultades al árbitro, sabemos que responde disciplinaria, civil, penalmente por los abusos en los que pueda incurrir, pero los poderes que el legislador le ha otorgado en el Art. 32 de la Ley 1563 de 2012, son exorbitantes al punto que pueda desbordar en arbitrariedad. Por lo que considero que debería el legislador limitar su actuar y crear normas en donde quede establecida la vigilancia que deberá prestársele para evitar abusar de las facultades otorgadas.
- Que la efectividad del derecho reclamado, en un país como Colombia será mejor siempre y cuando se esté frente a funcionarios objetivos, conscientes de la actividad que realicen, neutrales y que no aprovechen estas bondades de la norma para atropellar al ciudadano del común y corriente y favorecer a las demás personas que forman parte del círculo donde se desenvuelven.

- Teniendo en cuenta que en la legislación, fueron previstas las medidas cautelares, con el propósito de prevenir la insolvencia del deudor, el agravio a un derecho y actualmente el recaudo de una prueba, debido a que por su demora se podía presentar algún peligro de que fuera ilusoria, por la larga espera y duración de un proceso judicial, pero en el arbitraje el procedimiento es corto y generalmente este instituto es utilizado por unos pocos, por los costos que lleva aparejado, lo que vulnera de manera flagrante el principio del acceso a la Administración de justicia y la gratuidad que de ella se pregona.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. 2010, Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. El procedimiento cautelar y la solución urgente de una pretensión. Bogotá D. C. Editorial Universidad del Rosario.
- COLOMBIA. Corte Constitucional – Sentencia C - 379 del 27 de abril de 2004. M. P. Alfredo BELTRAN SIERRA. Exp. No. D4974
- GARCIA, Rosario. 2002, “Aproximación a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en América latina. El otro derecho. Bogotá D.C. Ilsa.
- HERNANDEZ VILLARREAL, Gabriel. 2007. Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cautelas? En Revista Jurídica.. Bogotá. Volumen 9.
- PEYRANO, Jorge W. “La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución”. Medidas Autosatisfactivas. editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 14, 19)
- QUIÑONES GÓMEZ, Carlos Ernesto. “Medidas cautelares innominadas”. Revista de derecho. 2012. Bogotá. Universidad del norte edición especial. pp 371-399.

INCIDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Jairo Arturo Fontalvo Sarmiento*

Introducción • Marco teórico • Conclusiones • Bibliografía

* Nací en Valledupar – Cesar. Actualmente trabajo como Docente Tiempo Completo en la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Santa Marta y catedrático de la Universidad Sergio Arboleda Sede Santa Marta. Soy abogado, especialista en Derecho Administrativo, Docencia e Investigación Universitaria y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. He trabajado como investigador y docente en la Universidad Popular del Cesar, Universidad de Santander, Universidad Fundación Área Andina y la Universidad Sergio Arboleda. Mi experiencia laboral la ejercí en el Consejo Superior de la Judicatura, la Superintendencia de Notariado y Registro, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), Registraduría Nacional del Estado Civil, Juzgado Primero de Menores de Bogotá, Abogado contratista del Hospital Eduardo Arredondo Daza de Valledupar y asesor de la Gobernación del Cesar. Fui columnista del Diario El Pilón de Valledupar y he realizado artículos de Investigación como El impulso de la Región caribe como estrategia de transformación del Estado Unitario en Colombia, El monopolio centralista frente a la Región caribe colombiana, Insostenibilidad Territorial y Urbanística del Distrito de Santa Marta, Incidencia del Fuerte Centralismo en la Región caribe Colombiana etc.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Penal Acusatorio tiene muchos elementos propios de los sistemas vigentes en el mundo, pero no podemos decir que es un sistema acusatorio puro, pues tiene componentes que lo hace diferente, siendo así, estamos frente a un sistema con tendencia acusatoria, cuyo centro es el juicio oral que debe cumplirse de manera concentrada y en él se enfrentan dos partes: la acusadora representada por la Fiscalía General de la Nación y la parte acusada que la compone el procesado, partes estas que están dotadas de las mismas oportunidades en busca de la satisfacción de su cometido; existiendo un tercero imparcial que es el Juez. A pesar de que es un sistema adversarial se permite a las víctimas y al Ministerio Público en eventos excepcionales la intervención para la solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria.

La institución del Ministerio Público en los distintos ordenamientos o legislaciones del mundo ha sido ambigua y polémica, materia de muchas discusiones, en tanto que sus funciones no han sido claramente definidas, pues así como se le atribuyen las de instruir, por otro lado, se le asignan tareas fiscalizadoras, al punto que hay quienes señalan que tiene multiplicidad de funciones y sus fines constitucionales no confluyen en su configuración orgánica. También se han suscitado múltiples enfrentamientos en cuanto a la rama del poder público a la que está adscrito, relacionándolo con el poder ejecutivo, el judicial y hasta el legislativo, atendiendo su objetivo de realizar la justicia.

En el andamiaje jurídico del Estado Colombiano, desde hace mucho tiempo atrás, se ha contado con un órgano distinto a los directamente involucrados en las controversias, instituido para ejercer la vigilancia y el control en la actuación judicial. De esta manera surge el Ministerio Público, concebido en la Constitución de 1991 como un órgano de control autónomo e independiente, que ejerce funciones relacionadas con la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés colectivo y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Por mandato expreso de la Carta Magna, a dicho órgano le compete intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y

administrativas, cuando sea necesario, salvaguardando el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales.

En el caso específico de los procesos penales, en la anterior codificación, el Ministerio Público gozaba de la condición de sujeto procesal, situación que compartía con la fiscalía, el sindicado, el defensor, la parte civil, el tercero incidental y el tercero civilmente responsable. Es así como podía actuar con plenas facultades solicitando pruebas, siendo obligatoriamente citado a las audiencias y diligencias e interviniendo en ellas, así como presentando alegatos y recursos.

En el actual sistema penal acusatorio colombiano, la participación de la Fiscalía no resulta tan activa, y no están claramente definidos los espacios dónde intervendrá en procura de cumplir su cometido fiscalizador y protector de la sociedad, toda vez que en éste se establece que el Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados, constituirá agendas especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales, de donde se extrae que su participación es más discrecional y selectiva que obligatoria e imperativa.

En este orden, el problema radica pues, en que nuestra legislación no prescribe que un funcionario de este instituto deba intervenir en cada actuación penal y, no obstante que debe ser citado, el proceso puede desarrollarse sin su presencia. De allí surge el interrogante ampliamente debatido y aún no definido: ¿cuál es la incidencia de la intervención del Ministerio Público en el proceso del actual sistema penal acusatorio colombiano?.

Dicho órgano está encabezado por el Procurador General de la Nación, a quien le compete según el artículo 275 de la Constitución Nacional "... señalar mediante directivas los propósitos y objetivos a los que debe dirigirse la misión institucional; por consiguiente, la de formular directrices, las políticas generales y las estrategias generales que orientan la gestión de la entidad en sus distintos ámbitos de competencia funcional; la de determinar las metas y prioridades de su acción, tanto sectorial como territorial, de corto, mediano y largo plazo.

Por otro lado, el artículo 118 de la Carta Política establece que también actúan en tal calidad, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados, los agentes del Ministerio Público y los personeros municipales, quienes se desempeñan bajo las directrices del citado director.

El artículo 277.7 de la Constitución Nacional, le estipula al Procurador General de la Nación la función de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos o garantías fundamentales”, por sí o por medio de sus delegados y agentes, siendo éste el fundamento de la intervención de tal sujeto en el proceso penal.

En desarrollo de tal preceptiva superior, el anterior estatuto procesal colombiano, la ley 600 de 2000, establece que el Ministerio Público tiene la condición de sujeto procesal, situación que comparte con la fiscalía, el sindicato, el defensor, la parte civil, el tercero incidental y el tercero civilmente responsable”. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 30592 de 2011).

Es así como puede actuar con plenas facultades solicitando pruebas, siendo obligatoriamente citado a las audiencias y diligencias e interviniendo en ellas, así como presentando alegatos y recursos.

Con la vigencia de la Ley 906 de 2004, la participación de este órgano en el proceso penal no resulta tan activa, y no están claramente definidos los espacios de dónde intervendrá en procura de cumplir su cometido fiscalizador y protector de la Sociedad, toda vez que en ella se señala que el Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados, constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales, de donde se extrae su participación es más discrecional y selectiva que obligatoria e imperativa.

MARCO TEÓRICO

La figura del Ministerio Público en el proceso penal colombiano no tiene una concepción clara sobre las funciones que cumple. De igual manera, se advierte que el sistema penal acusatorio del país no es un sistema

acusatorio puro, sino que es un sistema especial, donde el Ministerio Público es un interviniente y que frente a otras legislaciones podemos encontrar diferencias en su función. (Mosquera, 2006).

De conformidad con el artículo 111 de la Ley 906 de 2004, “Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento: 1. Como garante de los derechos humanos y de los derecho fundamentales: a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad con medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley; e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa, g) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código. 2. Como representante de la sociedad: a) Solicitar condena o absolución de los acusadas e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión; b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad; e) Denunciarlos fraudes y colusiones procesales.

La figura del Ministerio Público ha conservado su papel de sujeto procesal en las diferentes legislaciones que antecedieron al acto legislativo

03 de 2002; mas, el soporte jurídico de este ente es la Constitución de 1991 donde se le concibe como promotor de los derechos humanos, protector del interés público y veedor de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas. (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003).

En el régimen inquisitivo anterior (ley 600 de 2000) se facilitaba y hacía necesaria la presencia del Ministerio Público para entrar a equilibrar las partes, porque recuérdese que el fiscal tenía la doble connotación de acusador y funcionario investido de jurisdicción limitando la libertad y ejerciendo la ley penal. Surge entonces con el acto legislativo 03 de 2002 la creación del sistema penal acusatorio, modificándose la Constitución Nacional en su artículo 250. A partir de allí, el Ministerio Público no es una institución con calidad de parte ni interviniente sino un organismo propio dentro del proceso destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de Octubre de 2011).

La intervención del Ministerio Público en los procesos penales se justifica, en cuanto es representante de la sociedad y, como tal, emprende las acciones para que se restablezca el orden y se frenen los peligros derivados del delito. Así mismo, ejerciendo las funciones de promover la defensa de los derechos humanos, participa en la investigación y juzgamiento de las conductas consideradas como censurables por la comunidad internacional. Tal intervención es necesaria como sujeto veedor e independiente ante el enfrentamiento del Fiscal (acusador), la Defensa (interés particular) y el juez como árbitro.

Además, el Ministerio Público debe intervenir en situaciones puntuales, tales como, cuando el Fiscal decida el archivo de las diligencias, cuando se libren órdenes de captura, cuando se dé aplicación al principio de oportunidad, cuando se reciban entrevistas en la etapa de investigación, coadyuvando o complementando la acusación, en la casación y la revisión, y, terminado el proceso con sentencia condenatoria, en la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad". (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003).

En síntesis, su intervención en el nuevo modelo de enjuiciamiento siempre estará presidida por la vigencia de los bienes jurídicos cuya

guarda se le encomendó, lo cual explica que su participación no alcance la plenitud de la calidad de parte, razón por la cual la legislación penal expresamente autoriza su presencia para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 34.262 de 2011).

Por otro lado, y con miras a establecer la participación del Ministerio Público en cada una de las etapas del proceso, se estudió una decisión de la Corte Constitucional, en la que sí refirió al papel del Ministerio Público en el juicio oral, el cual se reduce a aquellos eventos en los que observe que haya una manifiesta violación de los derechos y garantías fundamentales y sólo con el fin de brindar un cabal conocimiento del caso; en ese orden, puede interrogar pero no contrainterrogar, para evitar el desequilibrio del juicio. (Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2011)

Las preguntas deben ser complementarias, es decir, terminado el interrogatorio de las partes, sin que por ello se diga que debe limitarse en el tiempo, pues ello ha de darse, únicamente por el nexo con los temas tocados por la Fiscalía en su interrogatorio.

El legislador colombiano ha demarcado el sistema penal acusatorio con unas particularidades, no acogidas por otros países, entre ellas, la participación del Ministerio Público. Eso sí, en consonancia con los preceptos constitucionales y el Acto legislativo 03 de 2002. (Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2011).

Los interrogatorios a los testigos son piedra angular en la celebración de juicio y determinan el desarrollo de éste y la decisión final o sentido

de la sentencia. En el juicio oral, escenario donde son escuchados los testimonios, el órgano de control no es protagonista, en el sentido de que no puede formular preguntas directas, pero sí tiene intervención subsidiaria complementando las de las partes.

En otra oportunidad, sobre las competencias de este sujeto en los asuntos penales y su facultad de recurrir las decisiones judiciales, la Corte anotó que la Constitución determina los precisos casos y oportunidades en que el Ministerio Público puede intervenir en los procesos, dichos mandatos constitucionales, son de aplicación directa e inmediata; el juez no puede, de manera selectiva o arbitraria, decidir qué facultad despliega en el juicio y cual no.

El nuevo Código de Procedimiento Penal ratificó dichas funciones durante la “indagación, la investigación y el juzgamiento”, como “garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, para lo cual procurará que “las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia”, y que la privación de la libertad, como “medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los tratados Internacionales y la Ley.

Además, como representante de la sociedad, podrá “solicitar condena o absolución de los acusados”, “procurar la Indemnización de perjuicios”, velar por los derechos de las víctimas y porque no se afecten los principios de verdad y justicia en la aplicación del principio de oportunidad. Puede, además, solicitar “pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre...” Así mismo, para solicitar la preclusión de la acción penal en los casos y oportunidad contemplados en dicha Ley.

Con la intervención del Ministerio Público en el juicio, no se desvirtúa el principio de igualdad de armas puesto que las partes (fiscalía y defensa) pueden probar y contraprobar en igualdad de condiciones, contar con iguales oportunidades de intervención para plantear y defender su teoría del caso y para ejercer el derecho de contradicción, mediante la interposición de recursos.

Por otro lado, como el derecho a interponer recursos está limitado por el interés para, recurrir, así como la competencia de la segunda instancia,

sólo serán revisados los aspectos impugnados y los que están conectados a éstos.

Finalmente, si la Ley radica en los “intervinientes que tengan interés” la facultad para interponer el recurso de casación, sin excluir al Ministerio Público, éste está habilitado para interponer y sustentar el recurso extraordinario de casación, por tanto, se infiere que también lo está para el de apelación, máxime que éste es, por regla general, presupuesto para proponer aquél. Vale decir, sólo quien apela puede recurrir en casación.

El Ministerio Público no es un sujeto decorativo en el sistema penal acusatorio, pues la ley le atribuye unas funciones precisas y delimitadas; siendo así, cómo podría cumplir las funciones encomendadas legal y constitucionalmente, si no tiene la facultad para impugnar las decisiones judiciales contrarias a los intereses que está obligado a defender. A su juicio, quien puede lo mucho, puede lo poco, y si la ley los faculta para recurrir en casación, más aun lo estarán para impugnar la sentencia, con lo cual no se da al traste con el principio de igualdad de armas pues las facultades de las partes para atacar o defenderse siguen incólumes. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Proceso No. 2007-80158 de 2008).

Ahora, en lo que se refiere a otra fase importante del procedimiento penal, como es la audiencia preparatoria, el alto Tribunal, expuso: “De conformidad con el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, la audiencia preparatoria constituye la oportunidad legal para que la Fiscalía y la defensa soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. Por excepción, el Ministerio Público puede solicitar la práctica de alguna prueba de cuya existencia tenga conocimiento, cuando no hubiere sido pedida por las partes y pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio. (Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Proceso No. 2007-80158 de 2008).

Se observa, entonces, que desde la perspectiva probatoria la Fiscalía tiene un compromiso directo con la verdad y con la justicia material, cometidos que debe buscar con criterio objetivo y transparente. Sin embargo, como se verá, ese compromiso con la verdad y la justicia material, desde la óptica probatoria, no es exclusivo de la Fiscalía, porque

en el mismo sentido tienen facultades el Ministerio Público, la defensa y las víctimas.

La iniciativa probatoria del Ministerio Público tiene fundamento en el numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política, que asigna al Procurador General de la Nación y a sus agentes la función de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

De ahí que en el sistema acusatorio colombiano, el Ministerio Público puede excepcionalmente, según el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, solicitar la práctica de alguna prueba relevante, que no hubiesen solicitado las partes. Por otro lado, como lo establece el artículo 374 *ibídem*, ‘toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria’, salvo que sea alguna de aquellas que excepcionalmente puede solicitar el Ministerio público.

En términos constitucionales, el interés público inherente al sistema de justicia penal no es del resorte exclusivo de la Fiscalía, sino que el Ministerio Público también tiene sus propias responsabilidades; y, por supuesto, el Juez ocupa un papel protagónico, pues es el director del proceso.

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público en virtud del principio de excepción que contiene la ley, y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.

Frente a tal eventualidad, la que no es de extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificarlos contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en

la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse. (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 24468 de 2006).

Corroboramos en este punto, la intervención subsidiaria del órgano de control en la audiencia preparatoria, al estar facultado por la ley para solicitar pruebas de manera excepcional y sólo cuando las partes omitieron hacerlo, por lo que compete al juez, en su rol de director del proceso, direccionar la recepción de tales testimonios, de acuerdo a las técnicas del interrogatorio vigentes.

En lo que tiene que ver con la imposición de medida aseguramiento, la Fiscalía es la llamada a solicitar al Juez que ejerza las funciones de control de garantía, que se asigne al imputado una medida con la finalidad de asegurar su comparecencia, garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Y aunque el Ministerio Público es muy importante en todas diligencias que se llevan a cabo en el actual proceso penal, no está autorizado para solicitar medida de aseguramiento, sólo lo está para expresar su concepto acerca de la pedida por el Fiscal, y ello tiene su asidero en que se derrumbaría el principio de igualdad de armas, propio de este sistema, pues la defensa se vería obligada a controvertir tanto al Fiscal como al órgano de control. (Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2013).

La audiencia de imposición de medida de aseguramiento es una etapa de suma importancia, toda vez que es una audiencia preliminar en donde se involucran los derechos de los indiciados o imputados y los de la sociedad en general, objeto de protección del órgano en estudio, por cuanto en ella se debaten los medios para lograr la comparecencia del imputado al proceso; lógico resultaría que quienes participan en ella, tuviesen un papel activo adoptando posiciones que incidan en su imposición o no, controvirtiendo o atacando las decisiones que el Juez de garantías profiera, a través de los recursos legales. Sin embargo, el representante del Ministerio Público, quien es citado y tiene la potestad de acudir a esta diligencia, circunscribe su participación a los conceptos sobre la medida pedida por la Fiscalía. Su papel en esta audiencia es, como en tantas otras, la de veedor, con facultades para expresar sus impresiones pero la norma no obliga al juez a acoger sus planteamiento;

en síntesis, deja entrever el texto que no es necesario que asista para las resultas de la diligencia.

CONCLUSIONES

Tanto en el derecho doméstico como en el comparado, no se precisan las funciones del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio, pues, no obstante que nuestra Constitución y la ley son claras al asignarle sus competencias, los precedentes enunciados dan cuenta de una situación realmente ambigua que en la práctica se ha venido presentando, ocasionando una situación confusa alrededor de esta figura.

A pesar de que existe una discusión sobre la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, y su calidad, a través de este trabajo de investigación se observa que está revestido de una serie de funciones que lo ubican en una posición importante, pues está instituido como garante de la sociedad, de los derechos humanos, garantías de los derechos fundamentales y del patrimonio público, y que son funciones que están dadas por la Constitución Nacional, pero si aterrizamos a la realidad, se puede concluir que el papel del Ministerio Público es casi nulo, en el desarrollo de las diferentes audiencias que componen el trámite del proceso, pues la norma penal le restringe su intervención. Más que una intervención en la parte de la actuación penal, su labor es como defensor de derechos y garantías fundamentales, a pesar de que el Juez cumple esa labor.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

MOSQUERA MORENO, L. (2006). Aspectos Generales de la Intervención del Ministerio público en el proceso penal acusatorio. Bogotá.

INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2003). El Ministerio Público y sus funciones en lo penal. Colección de pensamiento jurídico N° 7. Bogotá.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-293 de 21 de mayo de 2013 Bogotá D.C. Magistrado Ponente Maria Victoria Calle

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-503 de 2011 Bogotá D.C. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Proceso 30592 octubre 5 de 2011 Bogotá D.C. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia 5 de octubre de 2011 expediente 34.262, Bogotá D.C. Magistrado Ponente Dr. José Leónidas bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Proceso N° 24468 de 30 de marzo de 2006 Magistrado Ponente Dr. Edgar Lombana Trujillo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Proceso N° 24468 de 30 de marzo de 2006 Magistrado Ponente Dr. Edgar Lombana Trujillo

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Proceso No. 2007-80158 de 2008 Bogota D.C. Magistrado Ponente Julio Alberto Lancheros

LA DEFENSORÍA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA EN EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, Y SU FORTALECIMIENTO EN EL NUEVO PANORAMA DEL POSTCONFLICTO

Tedys Doria Orozco*

Introducción • DESARROLLO • 1. ¿La oralidad como punto de fortalecimiento de la justicia? • 2. El panorama de la defensoría pública • 3. Un antecedente para tener en cuenta • 4. Situación crítica de la defensoría pública ¿qué pasara en el postconflicto? • 4.1 Un Sistema de Defensoría Pública sin fortalecer a postres de una eventual firma de diálogos de Paz. • 4.1.1 Otras situaciones que afectan al defensor público en el ejercicio de su función. • Conclusiones • Bibliografía.

* Estudiante de derecho de octavo semestre de la Unviersidad Cooperativa de Colombia, perteneciente al semillero de investigación LegalisProductio.

RESEÑA. Se busca entonces dar claridad a través de una revisión desde el contexto real del estado de la defensoría pública, tomada como instrumento eficaz como garantía para el acceso a la administración de justicia, desde la situación del país frente al Sistema de Defensoría Pública que se entrevé poco preparado para el escenario de postconflicto. Destacando puntos críticos, que hacen del sistema débil en lo que respecta la firma de los diálogos de paz, porque podría propiciar impunidad. Así mismo genera duda una defensoría pública poco fortalecida aún sin entrar en vigencia la justicia transicional, lo que plantea la necesidad de poner más cuidado a este sistema que garantiza el acceso a la efectiva a la justicia para aquellos que no tienen forma de contratar los servicios de un defensor privado.

Es pertinente mirar de manera crítica las situaciones que impiden el ejercicio a plenitud de la defensa pública, y de allí esclarecer la incidencia de estas en la debilitación sucesiva de la justicia colombiana. Pese a esto se han diseñado mecanismos como la oralidad que buscan hacerla más “eficaz y efectiva” supuesto que dista de lo real. Por estas razones hay que quitar el sesgo que ha puesto a la justicia, hecha para los que tienen e inexistente para los que no. Más aun en un escenario de postconflicto donde la justicia entra a jugar un papel importante en términos de reconciliación, reparación y verdad, frente a las víctimas del conflicto, que no esperan un simple perdón si no una justicia bien impartida.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la administración de justicia tiene tres pilares a saber, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva. Estos presupuestos tienen sustento en los principios democráticos y los valores que guían la debida administración de justicia y por tanto el Estado Social de Derecho porque no solo quienes administran justicia tienen la responsabilidad de hacer todo aquello que corresponda para solucionar un litigio y restablecer los derechos conculcados, sino también quienes tienen a su alcance propender por el acceso, la práctica de pruebas y finalmente cumplimiento de los fallos. Factor que debe mirarse entorno a los nuevos escenarios que nos brinda la transformación

del contexto de la sociedad colombiana, por tal razón, se analizará de forma detallada la situación de la defensoría pública como instrumento de garantía en el acceso a la administración de justicia y su cómo se visiona en el nuevo panorama del postconflicto.

El Sistema Oral Acusatorio han permitido que el funcionamiento de la administración de justicia se esboce metas para alcanzar una justicia verdadera, buscando resultados, logro que muestra una serie elementos importantes inherente a su funcionalidad, tendiente a que el ciudadano del común pueda acceder a ella, y encuentre la resolución pronta de sus problemas de índole jurídico y la protección de sus derechos.

Miraremos que esta manera de administrar justicia ha traído ventajas, que han hecho procesos más ágiles, pero aun así la situación de la verdadera forma de acceder a la justicia no deja de ser un problema por no darse el cumplimiento propio de sus principios para todos los colombianos, ya que la gran mayoría no acceden a la justicia, por las serie de vicisitudes existentes, provenientes del mismo Estado. Y si esto es así, ¿Qué pasaría en el contexto del posconflicto?

A la vista se quiere una justicia más ágil y expedita más aun en el posconflicto, es decir, “una justicia más cercana al ciudadano y que se apropie de las tecnologías de información, lo que en realidad empieza a ser una falencia primaria” (Organización Naciones Unidas, 2005, pág. 23). Y una como afirma Vargas Silva en una entrevista al diario el tiempo:

“El requerimiento de que el sistema de justicia provea alternativas eficientes para la atención de las personas y grupos de mayor vulnerabilidad es escaso, dando un ejemplo a grande escala, es como sucede con las víctimas de desplazamiento forzado o personas marginadas socioeconómicamente” (Amat, 2014, pág. 2).

Lo ideal para el cumplimiento de los propósitos del Estado a través de la justicia siendo todo lo contrario porque pocos acceden y menos los que verdaderamente la necesitan. He aquí el punto central, donde se debe insistir, que el acceso a la justicia de toda persona debe ser garantizado, sin distinciones y con la garantía de que serán tratados con plenas garantías de imparcialidad, defensa y respeto por el debido proceso (Lopez Medina, 2012).

DESARROLLO

Para iniciar esta dicertacion es necesario empezar a lo que respecta la oralidad como medio de fortalecimiento de la justicia, siendo este la primera pregunta:

1. ¿LA ORALIDAD COMO PUNTO DE FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA?

Ahora bien, con la entrada de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, se da paso a la introducción del principio rector catalogado como “oralidad” extendiéndolo paso a paso, a los procesos judiciales.

“Artículo 1°. Modifíquese el artículo 4° de la Ley 270 de 1996:

Artículo 4°. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”(Alcaldía Mayor de Bogotá, 2009, pág. 1).

Es así como la oralidad a partir del estatuto legal en mención, se constituye como un principio inherente en las actuaciones procesales. Es así, que a partir de esto, se ha extendido de acuerdo con la normatividad vigente para cada una de las especialidades de índole procesal, como la Civil, Laboral, si bien Penal y la Contenciosa Administrativa, la entrada en vigencia de la oralidad se encuentra definida en estatutos normativos diferentes, así:

- Asuntos laborales, la Ley 1149 de 2007, “Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos”, en sus artículos quince a diecisiete dispuso la transición gradual del sistema procesal escritural a la oralidad, estableciendo un término no superior a cuatro años, a partir del primero 1° de enero de 2008.
- Asuntos civiles, la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, introdujo modificaciones al procedimiento civil, en cuyo artículo 44, parágrafo único, determinó la entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2011 de la oralidad en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, en un plazo máximo de tres años.
- Asuntos penales, la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, en su Artículo 9°, adoptó el Sistema Penal Oral Acusatorio en adelante SPOA, cuyos principios rectores son la oralidad, la celeridad y la inmediación.
- Asuntos de lo Contencioso Administrativo, con la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, cuya vigencia empezó el 2 de julio de 2012, se adopta el nuevo modelo procesal para los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción y establece la ejecución de un Plan Especial de Descongestión para esta Jurisdicción, cuyo fin es conseguir la transición hacia la implementación del nuevo régimen procesal.

Es así que este avance para sus inicios representó con el sistema procesal oral la reducción de los tiempos procesales penales en un 73% con la implementación del Sistema Penal Acusatorio. En el caso de los procesos laborales laboral se efectuó a una reducción del 68% en el tiempo de atención de los procesos. Igualmente, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, redujo los tiempos procesales en un 83% (Consejo Superior de la Judicatura, 2011, pág. 3), estas cifras fueron realidad para el año 2011 de acuerdo a un estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura.

En la actualidad, la percepción generalizada respecto al eventual colapso de la Rama Judicial, ha traído una verdadera crisis en la justicia, que no es consecuente al con el trabajo honesto que realizan miles de jueces, y que no tiene nada que ver con la oralidad. Simultáneamente se da a la crisis de la justicia, a raíz de los cientos procesos están represados en los juzgados civiles, laborales, administrativos o penales y en los tribunales de restitución de tierras, y cientos de solicitudes de legalización de capturas en los juzgados de garantías han sido aplazadas, con la consecuente liberación de los capturados. Porque la política de descongestión judicial es indiferente. A esto se suma, la realidad de la improvisación que presenta la política judicial en Colombia mostrando a la oralidad como “Otro cuentecito” para hacer creer que la justicia si llegara de la mano con el desarrollo de la sociedad colombiana. Nutriendo cada vez más de inseguridad, por la intervención de la Policía, los fiscales y jueces que no ejercen la clara función de impartir justicia, lo que disminuye la eficacia de la función policial contribuyendo a la desconfianza de la institucionalidad.

Lo que no concuerda con los resultados que muestra el Consejo Superior de la Judicatura en sus informes al Congreso, donde da cuenta de un desempeño ejemplar en materia de descongestión y eficacia judicial, “con cifras poco confiables y transparentes”.

2. EL PANORAMA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA

La situación de la defensoría pública, en Colombia tiene el papel de garantizar a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública el acceso a la defensa y a la justicia como derecho fundamental a quienes no tienen la posibilidad de acceder a un servicio de asesoría jurídica con un abogado de confianza.

La realidad actual del defensor público es el alto cumulo de procesos asumidos, por situaciones que son motivo de solicitud de servicio, como el alto índice de expulsión de campesinos a causa de la disputa histórica por el control territorial entre el grupo armado ilegal FARC- EP, el crecimiento generalizado de los grupos postdesmovilización de las AUC

Águilas Negras, Los Paisas, Los Rastrojos y las Autodefensas Gaitanistas de Colombia¹ (Defensoría del Pueblo, 2013, pág. 67).

Seguido al escenario que generan las amenazas contra los líderes sociales (hombres y mujeres), líderes sindicales, líderes de organizaciones de población desplazada, líderes de organizaciones de derechos humanos, personas, pertenecientes a iglesias protestantes, apoderados de las víctimas de los grupos de las Autodefensas y, en general, contra aquellas personas que impulsan, reivindican y exigen la reparación de derechos sobre el patrimonio, la propiedad y la tierra y, contemplados en el marco de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) por solo mencionar algunos. En general esta es la población que acude a los servicios de defensores de oficio, sin mencionar a los detenidos que no poseen una defensa al momento de ser puestos en manos de la autoridad competente. Lo que indica la anuencia numerosa se impidiendo que de la prestación óptima del servicio, en proporcionalidad con las políticas trazadas para que los colombianos accedan a la justicia. Teniendo como conocimiento que es el abogado uno de los actores más importantes para el funcionamiento del sistema de administración de justicia (Defensoría del Pueblo, 2013). Y que en estricto rigor, teniendo claro que el mecanismo más expedito para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad es recurrir a los servicios de un abogado.

Punto de quiebre que hace que se suscite de lo anterior una barrera en el libre acceso a la administración de justicia para quienes requieren acceder a ello, teniendo claro que el puente de llegada son los abogados, y que no obstante cuando se logra es complicado garantizar una defensa adecuada dentro de cada proceso asumidos en el ejercicio de la función de defensa técnica, por la gran suma de procesos afectando el logro de una buena defensa, problema generalizado en el antes, durante y después en virtud de lo de lo que considera La Corte, que el acceso a la administración de justicia sus tres pilares que lo conforman, a saber: "i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de

1 Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República de Colombia: primera parte / Defensoría del Pueblo. -- Bogotá, D.C.: Defensoría del Pueblo, 2013. 252 p.: il., gráficos, mapas, 24 cm.

manera efectiva" (Sentencia T-295/07, 2007, pág. 22). Situaciones que distan de la realidad, dado a los factores como lo es la carga laboral, que al igual que otros constituye un elemento fundamental que marca la eficiencia del defensor así como la calidad de su defensa, por esta razón resulta de vital importancia realizar un análisis al respecto.

3. UN ANTECEDENTE PARA TENER EN CUENTA

Frente a la eventual firma del Proceso de Paz, es de inquietar la situación respecto al antecedente directo de justicia transicional aplicado en Colombia, Ley de Justicia y paz, y es el bajo número de sentencias condenatorias proferidas a lo largo de estos años. La complejidad para adelantar las actuaciones, fomentada por el alto volumen de casos y la falta de disponibilidad de los involucrados para comparecer a las audiencias, junto con las limitaciones de personal y presupuestales, sin olvidar el reducido número de magistrados de Justicia y Paz pertenecientes a tribunales superiores como Bogotá, Medellín, Bucaramanga y Barranquilla como factor a tener en cuenta.

Sin embargo, "la Fiscalía General de la Nación informó a este medio que, del 2006 al 2012, se expidieron 10 condenas contra 14 postulados por 323 hechos confesados, relacionados con 2.865 víctimas" (Cubides, 2015).

Posteriormente, gracias al Plan de Acción de Situaciones y Casos a Priorizar 2013-2014, a junio del 2015, se han proferido 21 condenas, correspondientes a 3.725 hechos confesados por 134 postulados y referentes a 18.476 víctimas, para un total de 31 fallos sobre 4.048 hechos, 21.341 víctimas y 148 postulados. Así mismo, se emitieron tres macrosentencias que fueron apeladas ante la CSJ, y, además, están pendientes de proferimiento otras cuatro providencias, indica la entidad (Cubides, 2015).

En cuanto a la sanción de la violencia sexual, la Fiscalía reporta la expedición de siete sentencias que condenaron a 33 postulados e involucraron a 232 víctimas.

A lo que lleva al día de hoy, han sido juzgados varios comandantes paramilitares. Sin embargo, la realidad es que hay gran deuda de esta ley dado a que su competencia limitada, pues su aplicación no abarca

a empresarios, políticos, comerciantes, militares y autoridades civiles que sostuvieron nexos con grupos ilegales. Dándole traslado, a la justicia ordinaria, sin que a la fecha haya arrojado resultados visibles, salvo los casos de parapolítica.

De otro lado, se ha optado por fragmentar los procesos en sus diversos componentes, así: separando la judicialización de paramilitares, miembros de las Farc y funcionarios del Estado, etc., medida con la cual se corre el riesgo de no satisfacer el derecho a la justicia, por el contrario, es necesario articular esos procesos entre todos los actores (Cubides, 2015).

4. SITUACIÓN CRÍTICA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA ¿QUÉ PASARÁ EN EL POSTCONFLICTO?

Si bien es cierto, el panorama que nos ofrece el país es desalentador en cuanto al tema de la justicia, hace poco, después de un escándalo que sacudió el país, por la ola de corrupción en las Altas Cortes, se sacó adelante la reforma de equilibrio de poderes. Y paso seguido aumentaron a gran escala los atentados contra la población civil por parte de la FARC-EP en el marco de las conversaciones que sostiene el mismo grupo con el gobierno de turno y con el anterior antecedente de Justicia y Paz, cabe preguntar ¿Cuál es el papel de la defensoría pública en el nuevo panorama del posconflicto?

4.1 Un Sistema de Defensoría Pública² sin fortalecer a postres de una eventual firma de diálogos de Paz.

Lo notorio de esta situación, es la debilidad del sistema de defensoría pública, frente a una firma de diálogos de paz, ¿Qué sucederá con los

2 Es un servicio público que organiza, dirige y controla el Defensor del Pueblo, a favor de las personas que lo requieren para asumir asistencia y representación judicial y garantizar el pleno e igual acceso a la administración de justicia en materia penal. Conforme a la Ley 941 de 2005 el SNDP se encuentra integrado por los siguientes componentes: la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los Defensores del Pueblo Regionales y Seccionales, los Coordinadores Administrativos y de Gestión, los Coordinadores Académicos, los Personeros Municipales, los Defensores Públicos, los abogados particulares vinculados como Defensores Públicos para las excepciones previstas en esta ley, los Investigadores, Técnicos y Auxiliares, los Judicantes, los Estudiantes de los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho.

desmovilizados que deban pagar penas? ¿En qué situación quedan las víctimas luego de saber que no hay suficientes defensores para garantizar su acceso a la justicia?

Es importante contextualizar esta situación con una frase que es muy común a la usanza dentro de los despachos judiciales, “Si usted no tiene abogado el Estado le suministrará uno”, que fue lo primero que le dijeron a los 115.000 capturados que reportó la Policía en todo el país en lo corrido de este año, en promedio 36 cada hora.

Ahora bien, situaciones como las que según Gerardo Duque, presidente del Colegio de Defensores Públicos, hacen débil al Sistema de Defensoría Pública por la siguiente razón: “La carga laboral para los defensores, sólo en procesos de justicia y paz³, alcanzan las 2.000 carpetas acumuladas” (Semana, Hay abogados que llevan 2.000 casos, 2015, pág. 2).

Si bien es cierto y con esta afirmación es verídica que se ha minimizado la función de los defensores públicos⁴, siendo estos quienes están al tanto de la de la protección de los derechos de quienes no tienen recursos para sufragar los gastos de un defensor privado. Así mismo dice el Duque: “Tienen sobrecarga laboral, procesos que no dan tiempo para adelantar casos por fuera de los designados por el Estado, en esos casos el abogado debe costear el transporte, las fotocopias y hasta las visitas que realizan a las cárceles” (Semana, Hay abogados que llevan 2.000 casos, 2015, pág. 2).

4.1.1 Otras situaciones que afectan al defensor público en el ejercicio de su función

Ahora bien, seguido de la carga laboral como un factor determinante se suma otro factor que es la persecución, de acuerdo a con lo que afirma

3 La Ley de Justicia y Paz colombiana es la gran apuesta del país para dismantelar a poderosos grupos paramilitares y obtener justicia para las miles de víctimas del conflicto armado. La ley fue aprobada en 2005, como parte del proceso de desmovilización, y ofrecía la reducción de penas a cambio de la confesión completa y de “la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”

4 Los defensores públicos son contratistas de la Defensoría del Pueblo, reciben en promedio tres millones y medio de sueldo y todos deben cumplir turnos de 24 horas en las Uri, incluso doblarse cuando el número de capturados es mayor de lo normal.

Blanca Inés Rodríguez, defensora pública en Cúcuta, en el 2014, al menos 10 colegas suyos fueron asesinados tras represalias por su labor y que en 2015 son diarias las amenazas (Hoy Diario del Magdalena, 2015, pág. 2).

Por otra parte Blanca Rodríguez señaló: “Si defendemos guerrilla, somos guerrilleros, si defendemos paramilitares somos colaboradores de las AUC. Lo que no entiende el país es que estamos en esa defensa por orden del Estado, no por convicción, no tenemos derecho a objetar conciencia”, señaló Rodríguez.

Si bien los defensores aseguran que la carga de 2.000 procesos por cada abogado público, la gran pregunta que debe asaltarnos es ¿Qué se espera de aquellos proceso que susciten apenas con la puerta de entrada para los miles que esperan una vez se firme el acuerdo de paz con las Farc y se ponga en marcha la justicia transicional?

Esta es una de las dudas que más asalta a la comunidad de juristas puesto que no es claro cómo se pretende asumir tantos procesos en el nuevo panorama de postconflicto si aún no se hace un reajuste efectivo en el Sistema de Defensoría Pública, lo cierto es que Colombia necesita muchos más defensores públicos que puedan suplir la demanda de solicitudes que a diario las defensorías seccionales asumen por las situación que se han mencionado anteriormente, en sana crítica y partiendo de una realidad palpable de seguro si no hay un interés en fortalecer este servicio de defensoría que más que un servicio constituye como una herramienta para el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración pública como servicio detentado por el Estado, y el cual debe estar a pie de velar por el cumplimiento y el alcance del mismo a aquellos que en su mayoría son quienes lo necesitan.

Todo esto suscita por las fallas evidentes de una política que no va en busca de solucionar problemas si no de dar paños de agua tibia, en materia de política judicial, siempre se ha reflejado una marcada paquidermia y lentitud, lo que lleva a que desde sus inicios se vea como una política de la improvisación que afecta directamente las reacciones coyunturales de masas que dirimen sus conflictos a través del aparato

judicial, lo que lleva a la implementación de mecanismos supuestamente eficaces sin garantizar una fuente, y sostenibilidad de los presupuestos y recursos destinados a los su implementación.

La realidad es que aun sin firmar acuerdos de paz se presenta una gran brecha en la justicia, entre capturados y defensores públicos (Para el caso penal). Expertos en derecho como el ex fiscal Mario Iguarán, afirma que la no existencia de defensores públicos es un indicativo de impunidad. Así;

“Es una manera de garantizar el debido proceso, a que se haga justicia. Si no hay defensores públicos no se pueden adelantar las audiencias, ni judicializar a las personas, entonces habrá que dejarlas en libertad. Es decir la falta de defensores públicos está generando impunidad”.

Lo que está sucediendo es que hay menos de 4.000 defensores públicos para asistir a los más desprotegidos en procesos laborales, civiles y contractuales, sin contar los penales, es para el mismo gobierno una deficiencia que requiere atención. Ya que el ministro de justicia Yesid Reyes, aseguró que es necesario hacer una revisión a la gestión administrativa de la defensoría pública para encontrar las dificultades y brindar soluciones, aunque reconoce que la falta de defensores es una marca que ya se empieza a notar.

“Es importante revisar cómo funciona internamente la Defensoría Pública, para ver si hay una oportunidad de reorganizar el trabajo de los defensores y si después de esa revisión se ve la necesidad de ampliar la planta de personal, pues habría que pensar en esa posibilidad” (Caracol Radio, 2015).

CONCLUSIONES

Se evidencia lo que realmente sucede en Colombia y sus Sistema de Defensoria Publica, y es que no se pueden los medios necesarios para poder garantizar el acceso a la justicia de los más pobres, que no se cuenta con el capital humano necesario para poder extender el servicio de defensoría publica a quienes no tienen los suficientes medios para financiar un abogado privado.

A partir de esto debe empezarse a considerar la Defensoría Pública como instrumento que garantiza el acceso a la administración de justicia, y que debe ser uno de los temas prioritarios en el panorama del postconflicto. Y que se debe contar con la suficiente disposición para poder fortalecerla.

Es notorio que Colombia aún no está preparada para asumir la cantidad de procesos que empezaran a darse paso con la eventual firma de los diálogos de paz, así como la implementación de la ley de Justicia Transicional. En todo caso se cuenta con un sistema de defensoría propicio, para el escenario de postconflicto. Por esto se debe reevaluar la forma en que se está llevando la administración del sistema, contrastar la realidad con lo que se requiere, con esto me refiero a más abogados, mejor remuneración y más condiciones favorables para el logro de una justicia real y efectiva.

En cuanto a Justicia y Paz como antecedente debe ser la línea de ruta para no cometer graves errores, esa afirmación no es sorprendente. Donde esta sea una Justicia Transicional donde se busque a las organizaciones de derechos humanos y miembros de la academia para que trabajen y formulen propuestas en pro del funcionamiento de este proceso de justicia transicional que se acerca, con respecto a que sea ágil, que propenda por las garantías y, en general, genere buenos resultados.

No hay que obviar que pese a las dificultades la Oralidad debe tenerse como parte importante en la justicia colombiana, dado que surge como la solución a la problemática que se estaba presentando en el trámite de los juicios en las diferentes jurisdicciones. Así mismo hay que tomar cartas en el asunto a través de una política judicial que respete a los puntos críticos de la congestión judicial, la mora, la impunidad y los trámites interminables, que vienen generando en la sociedad una falta de credibilidad en la justicia y en su estructura judicial.

Es por esto que desde sus inicios debe tenerse sin vacilaciones la implementación de un sistema procesal más expedito que garantice la eliminación de los inconvenientes que presenta la justicia y genere confianza en el usuario. Por esto y más razones es la hora de mirar la posibilidad de analizar la conveniencia de la verdadera aplicabilidad y la

adopción sería del sistema oral en la justicia, el cual se utiliza con éxito en otras legislaciones, acabando con los trámites dispendiosos, dilatados y la congestión judicial.

Finalmente dentro de la realidad tocada, es pertinente mirar la implementación de un política pública que se encamine a la garantía del acceso a la administración de justicia como servicio que se desprende del Estado, tendiente a fortalecer el Sistema de Defensoría Pública, elevándolo a instrumento eficaz en la reducción de la brecha que cada vez más permite la violación de derechos fundamentales, como la defensa, el debido proceso entre otras.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, S. (22 de Enero de 2009). Alcaldía Mayor de Bogotá. Obtenido de Alcaldía Mayor de Bogotá: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34710

AMAT, Y. (16 de Febrero de 2014). En Colombia, a la justicia acceden los que menos la necesitan. Obtenido de Diario el Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13508035>

CARACOL RADIO. (25 de Mayo de 2015). Caracol Radio. Obtenido de Noticias Judiciales: <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/hay-que-ampliar-el-numero-de-defensores-publicos-gobierno/20150525/nota/2776174.aspx>

COLPRESA. (25 de Mayo de 2015). No hay abogados públicos para tanta gente. Caracol Radio, págs. 1-2. Obtenido de <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/no-hay-abogados-publicos-para-tanta-gente/20150525/nota/2776172.aspx>

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. (2011). Sistema Procesal Oral, La transición a un Juicio Expedito. En C. S. Judicatura, Informe al Congreso de la República (págs. 1-22). Bogotá D.C: Imprenta Nacional.

CUBIDES, A. (23 de Julio de 2015). Ambito Juridico. Obtenido de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Memoriales/logros-y-retos-de-justicia-y-paz-10-anos-despues.asp?Miga=1>

DEFENSORIA DEL PUEBLO. (2013). Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. Bogota D.C: Imprenta Nacional.

HOY DIARIO DEL MAGDALENA. (30 de Mayo de 2015). Reconoce la Defensoria del Pueblo, "No hay abogados públicos para gente sin recursos". Nacion, págs. 12-15. Obtenido de www.hoydiariodelmagdalena.com.co/noticias/nacion1025.html

LÓPEZ MEDINA, D. (3 de Noviembre de 2012). Univerisdad de los Andes. Recuperado el 14 de Septiembre de 2014, de <http://derecho.uniandes.edu.co/es/ano-2010/194-agosto/2295-nueva-catedra-problemas-contemporaneos-en-la-administracion-de-justicia>

ORGANIZACION NACIONES UNIDAS, A. (2005). Retos para la Administracion de Justicia en Colombia, de Cara a la reconciliacion. Bogota D.C: ONU.

SEMANA. (30 de 5 de 2015). Hay abogados que llevan 2.000 casos. Revista Semana, 23-23.

SEMANA. (21 de Junio de 2015). Hay Abogados que llevan 2000 casos. Semana, 1-2. Obtenido de <http://www.semana.com/enfoque/articulo/hay-abogados-que-llevan-2000-casos-gerardo-duque/429698-3>

SENTENCIA T-295/07, Acceso a la Administracion de Justicia (Corte Constitucional 26 de Abril de 2007).

BASTA ESTANDARIZAR

Pedro Andrés Felisart Legorreta

* FALTA CREDITO

En México de conformidad con lo establecido en los artículos 110 y 115 del Código Nacional de Procedimientos Penales, todo lo que se requiere para fungir como la defensa legal de una persona o como su asesor jurídico en caso de la víctima, es tener un título de Licenciado en Derecho y una cédula profesional expedida que lo avale.¹

Actualmente en el país, existen según la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo de 2013 realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía cerca de 321,000 personas que cumplen con estos requisitos² por lo que a simple vista, y considerando que aproximadamente existe una cobertura educativa a nivel superior del 32% de la población del país³ la proporción parece más que suficiente para las personas que necesitaran una defensa técnica penal conforme a la ley.

Si además se toman en cuenta a los jóvenes que actualmente se encuentran en formación para convertirse en licenciados en derecho en alguno de los 1597 diferentes programas universitarios que ofrecen la carrera, según cifras de la Secretaría de Educación Pública recabadas en 2013 existen 276,352 estudiantes⁴ que complementarán la oferta ya existente de licenciados que cuentan con un título y una cédula, pudiendo entrar en representación de víctimas o imputados de un delito, teniendo en sus manos bienes jurídicos como la libertad o el patrimonio de personas que decidieron confiar en ellos.

Sin embargo, existe también dentro de la legislación aplicable correspondiente en su artículo 121, una garantía a tener una defensa técnica, en el cual se manifiesta lo que sucedería de no ser así teniendo a la letra lo siguiente:

1 Código Nacional de Procedimientos Penales. (5ª. ed.). (2015). México, D.F.: Lex Editores, S.A. pág. 76

2 INEGI. (mayo de 2013). Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Obtenido de: <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/Proyectos/encuestas/hogares/regulares/enoe/>

3 Carbonell, M. ¿Cuántos abogados se necesitan en México?; ADN Político, recuperado el 06/08/2015 de <http://www.adnpolitico.com/opinion/2013/07/07/miguel-carbonell-demasiados-abogados>

4 Ídem

“Siempre que el órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del Defensor, prevendrá al imputado para que designe a otro. Si se trata de un defensor privado, el imputado contará con tres días para designar un nuevo Defensor.”⁵

El artículo citado introduce la temática primordial del presente trabajo, ¿Qué debe entenderse por una defensa técnica?; o ¿En qué momento se considera se ha incurrido en una manifiesta y sistemática incapacidad técnica?; ¿Por qué solo es necesario comprobar la existencia de un título y una cédula previo a juicio pero no de que se posee la capacidad técnica para llevar la representación? Analizando el trasfondo de éstas cuestiones y basándose en un enfoque práctico de la observación de varias audiencias del sistema acusatorio, tanto en México como en Colombia, se plantea el siguiente postulado: La privatización de la justicia del Estado, solo sería una solución a los diversos problemas con que se lidian actualmente, sí y solo sí implica también la estandarización de la calidad de los operadores del sistema, compartiendo la idea del profesor Espinosa se concuerda en lo siguiente:

“Se hace necesario para los actores del proceso, y especialmente de sus protagonistas, se capaciten para lograr adelantar las audiencias y juicios con observancia de las técnicas que garantizan una mayor cercanía a la verdad, como un debate de iguales.”⁶

Proponiendo lograr esto a través de la certificación, no obligatoria de los operadores, alejándonos de los fantasmas y tabúes que implica hablar de la colegiación, pero sí implementando una figura equivalente al sello de calidad que otorgan las normatividades conocidas como ISO a nivel internacional actualmente a la industria, presentando un producto más competitivo del cual exista garantía de que llevará a cabo el procedimiento con el mínimo mismo profesionalismo que lo haría su competencia.

Ahora bien, resulta necesario exponer la razón por la cual se considera necesario establecer la garantía de que el servicio legal que se adquiere tiene los estándares mínimos necesarios de calidad para enfrentar una

5 Ob, cit. nota 1 pág. 79

6 Espinosa, D. Las Técnicas del Juicio Oral. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, pág. 14

audiencia. Para ello, a continuación se narra un fenómeno que ocurre de forma cotidiana en la ciudad de Silao Guanajuato en México, uno de los primeros municipios en los que se implementó el sistema acusatorio, donde defensores privados, aceptaron llevar diversas audiencias iniciales, previo cobro por adelantado por la asesoría y la representación en la audiencia. Siendo que en el desahogo de la misma, el juez, con fundamento en el artículo ya invocado dispuso que se retiraran de la sala porque claramente no tenían el conocimiento necesario para desarrollar una defensa técnica de sus clientes.

Los abogados cumplían el requisito de título y cédula, pero que no poseían habilidades necesarias para defender la libertad y el patrimonio de una persona, ambos considerados dentro de los bienes jurídicos de mayor importancia, solo por debajo de la vida. Para empeorar más la situación, cuando se les requirió el dinero que se les había pagado por adelantado, les fue imposible regresarlo ya que lo habían gastado previo a la audiencia.

Para aquellos que se desenvuelven en el medio jurídico de la litigación penal, la historia es pan de cada día, ya que cada vez más, una gran cantidad de licenciados en derecho se presentan como litigantes en una audiencia, cumpliendo en un primer nivel de análisis con los requisitos necesarios para fungir como tal, violando la seguridad jurídica de sus clientes y francamente, enlodando el ya bastante sucio nombre de la profesión jurídica. Es ahí donde entra el debate de la privatización de la justicia, sobre el cual se insiste, puede solucionarse desde la estandarización de calidad.

El problema se ha analizado desde diferentes aristas, la principal de ellas resulta la colegiación a una barra de abogados que certifique y vigile el actuar de los litigantes, obtenible únicamente a través de la legislación, sin embargo, de esperar sentados que el órgano legislativo solucione los debates e intereses internos que genera el tema, jamás se verá el cambio necesario. Si a eso le sumamos, el complejo ególatra con el que goza de nacimiento todo abogado, se vislumbra una eternidad de licenciados mal preparados en audiencia, presentando recursos interminables en contra de la disposición de una obligación a formar parte del gremio.

Lidiar la batalla de una certificación obligatoria para operar el sistema acusatorio en las salas de la suprema corte también marca una temporalidad y una serie de recursos con los que simplemente es difícil contar, basándose en la defensa de los conceptos ya señalados de defensa técnica y de sistemática incapacidad que marca el Código Nacional de Procedimientos Penales. Por lo que pareciera no ser una opción viable si lo que se busca es mejorar la calidad de las prácticas llevadas a cabo por quienes operan el sistema de impartición de justicia.

Es por ello que se propone que al mismo estilo en que actualmente se certifican las diversas ramas de la producción industrial, de forma voluntaria, para ofrecer un mejor servicio, con la menor cantidad de errores y desperdicio de recursos, por ende más atractivo a sus clientes, que también así, se comience con un movimiento de abogados que buscan el apoyo de organismos que puedan estampar en su prestación de servicios legales, un sello que sea garantía, de que se está contratando a un profesionalista, experto en la tarea que deberá realizar para su cliente.

Convirtiéndose en una propuesta de valor que se ofrecería contra el resto de los licenciados en derecho que no gocen de tal certificación, siendo así, que sin ser un requisito obligatorio para poder desempeñar la profesión, se convierta en la diferencial entre contratar los servicios de un abogado contra otro.

El movimiento de la certificación de productos y servicios no es algo nuevo, viene existiendo y formando parte de la cultura del día a día en cada vez más ámbitos, que pueden ir desde las ya mencionadas para los industriales con las certificaciones de calidad internacionales conocidas como ISO, hasta tan diversas como aquellas que certifican una empresa como un Buen Lugar para Trabajar cuando sus empleados son tratados acorde a ciertas conductas, o de Comercio justo, con la cual las empresas se comprometen a que todas las transacciones realizadas desde la compra de insumos hasta que se otorga un producto final se hicieron respetando normatividades de precios adecuados y sin abuso de ningún tipo a los pequeños productores.

Es en base a estos casos de éxito, que se plantea la posibilidad de mejorar el ejercicio de la abogacía que desesperadamente necesita de un

control de la calidad antes que pensar en una privatización, que si bien podría desazolvar las cargas actuales, seguiría sin solucionar el problema de raíz.

Ahora, es necesario también entrar en la pregunta milenaria: ¿Quién certifica al certificador? Y el debate en éste caso puede ser tan extenuante como el del huevo y la gallina, pero por alguna parte es necesario comenzar. Por ello se prevé la siguiente medida, basándose en el actuar que impulsó el legislativo mexicano en su más reciente intento por emitir regulaciones en el 2014 en la cual, se conjuntó a los grupos de expertos de mayor renombre del país, académicos de las máximas casas de estudio, miembros representantes del poder judicial y del ámbito del litigio, para que de manera colegiada se pueda formar un organismo independiente pueda otorgar discrecionalmente la capacidad a diferentes institutos, públicos y/o privados la facultad de certificar a los licenciados en derecho como litigantes especializados en justicia oral penal siempre que se cumplan con los requisitos planteados.⁷

Si bien es cierto, la idea puede sonar como la repetición de cursos que ya se pudieron haber tomado durante la carrera, o durante un posgrado, pero se marca la diferencia en que el enfoque que se deberá plantear para obtener el sello de calidad implica un acercamiento mucho más práctico y guiado que el que se propone en las escuelas o en los posgrados que suelen en su mayoría estar dirigidos al estudio teórico y con fines de investigación, que si bien son útiles, fallan en generar los espacios correctos para practicar las destrezas necesarias, en la intensidad que debería tenerse.

El modelo que se expone resulta tener su fundamento en el análisis de la formación que se les exige a quienes deciden estudiar y ejercer la medicina, al ser quienes lidian con el bien jurídico más importante que es la vida, al procurar el mantenimiento correcto a la salud, teniendo que pasar por diferentes etapas de su formación, involucrándose en la teoría,

7 Ley General para el ejercicio profesional sujeto a colegiación y certificación obligatorias (propuesta). Recuperada de: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/10819-propuesta-de-iniciativa-para-la-certificacion-y-colegiacion-obligatoria-de-algunas-profesiones.html>

la práctica sintética, y la práctica guiada para después de varios años poder considerarse aptos para desempeñar su labor. De igual forma, y por la seriedad de los bienes jurídicos con los que se relaciona el abogado, se considera que se debe colmar una formación mucho más especializada y práctica para ejercer su labor.

Por ello a continuación se proponen los requisitos con los que se debería cumplir para ser certificado, haciendo la aclaración, de que por el momento sigue resultando imposible establecer las cantidades idóneas de cada aspecto a cumplir para considerar que se domina lo mínimo necesario para intervenir en un caso penal propio desde la óptica de un defensor, pero de igual forma se plantean los rubros que se consideran requisitos para dominar y poder enfrentar un juicio real.

Primero, es necesario cubrir una base de teórica tanto de la dogmática penal, la materia procesal y de las técnicas de litigación oral ya que como dice el maestro Baytelman son dos caras de la misma moneda⁸. También deberán estudiarse los medios alternos de solución de conflictos pero siempre en un enfoque de método casuístico, ya que comenta Espinosa Acuña, solo el entrenamiento permitirá que las partes logren potencializar las bondades del sistema⁹ así también como de habilidades básicas de manejo de clientes, tema que difícilmente se toca en las escuelas de derecho; haciendo el equivalente a un cierto número de horas, teniendo que aprobar un examen básico de conocimientos que sirviera para colmar la formación necesaria desde el punto de vista teórico.

En segunda instancia, resulta primordial familiarizarse con las salas penales y todo lo que sucede dentro de ellas, por lo que también se plantearía colmar con una equivalencia de horas presenciando audiencias, teniendo así la posibilidad de reconocer errores y aciertos de los actuales litigantes, así como conocer la dirección de la audiencia, ya que muchas veces no resulta claro el desarrollo de un juicio, hasta el momento en que se vive de cerca.

8 Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago de Chile: Imprenta Salesianos S.A. pág. 12

9 Ob. cit, nota 6

Otro punto que se propone como necesario para poder obtener una certificación, es la de acumular un equivalente de horas realizando ejercicios prácticos, consistentes en simulaciones de juicio oral, de escenarios de negociación para alcanzar salidas alternas a un proceso, así como pruebas de rapidez de respuesta ante planteamientos de argumentos no esperados en juicio, ya que resulta muy común en la observación realizada para redactar el presente trabajo, que al momento en que un litigante es sorprendido por la parte contraria con una solicitud inesperada, resulta casi imposible contestar coherentemente la pretensión contraria, por lo que se trabajaría en la habilidad de argumentación en escenarios bajo presión.

Por último, se busca que aquellos interesados en obtener la certificación, pasen también cierto número de horas, trabajando a lado de un abogado que ya se encuentre certificado, pasando a ser parte de la defensa en casos reales, dentro de los cuales deberá tener una participación activa en los aspectos correspondientes a la investigación, la solución alterna del conflicto o hasta en su caso, de la litigación de las audiencias.

También dentro del esquema propuesto, hay lugar para que se cumplan como requisito con cierta cantidad de horas de litigación Pro Bono, esto no solamente en función de prestar un servicio social, que ayudará al litigante a desarrollar un sentimiento de integración y reciprocidad social, sino para que puedan enrolarse a su vez a más estudiantes y ahora ellos formar parte del programa de enseñanza de nuevas generaciones, ya que el conocimiento que no es compartido, tiende a echarse a perder.

Esta propuesta de certificación deberá tener una vigencia, ya que sería necio pensar que con solo una examinación sería suficiente para poder formar parte del ejercicio de la litigación por el resto de su vida profesional, por lo que se presenta también la necesidad de re acreditar los conocimientos y habilidades, por dos supuestos uno de ellos, por reforma a la legislación procesal aplicable y en segundo lugar por el paso de un periodo de tiempo determinado. Formando así un hábito de mejora continua y de estudio por la constante transformación del derecho.

Resulta complicado exponer el siguiente punto sin requerir de forma obligatoria de un sustento legal que lo pudiera acompañar, ya que se

expone también la necesidad de incluir procesos disciplinarios para aquellos abogados que una vez certificados, violaran un código de ética propuesto ya que el certificador, solamente podría proponer la sanción, pero forzosamente se necesitaría la ejecución por parte de una autoridad, inclusive a manera de juicio en contra del infractor, ya que de no ser así, la obligatoriedad de las posibles sanciones no sería considerada una reprimenda adecuada ante la falta cometida, esto basándose de igual forma, en la propuesta de ley que se presentó en México sobre colegiación y certificación.¹⁰

Otro punto que vale la pena mencionar es el de que un abogado certificado no será infalible ni mucho menos perfecto, ya que se hizo mención en un principio de que lo que se busca con el proceso es confirmar a través de una serie de pruebas, de que el licenciado cuenta con las habilidades y los conocimientos mínimos necesarios que deben tener todos los abogados que pretenden formar parte de un proceso penal, pretendiendo así, disminuir la probabilidad de cometer errores atribuibles a la mera condición humana, sin que en ningún momento se pretenda vender la idea de abogados perfectos.

Es decir que si una persona busca en un directorio los servicios de un abogado, puede esperar que de todos aquellos que tengan el sello de certificación obtendrá el mismo nivel de calidad en el trato, en el profesionalismo y en el conocimiento jurídico práctico, pero que dentro de los mismos podrá variar el resultado de su estrategia por meras cuestiones atribuibles al tiempo de práctica adicional al de la certificación e inclusive al error humano, que como se menciona resulta ser una variable inherente al ser humano imposible de erradicar y por ello necesaria de factorizar en los procesos de acreditación.

Es así que se propone propiciar un movimiento con el cual el licenciado en derecho, se dé cuenta de la necesidad y los beneficios que le traería el estar certificado como experto en litigación, que al final del día, se traducirían si lo quiere ver así en mayores ingresos, al formar parte de un grupo selecto, definitivamente más reducido que el de los que tienen solamente un título y una cédula.

10 Ob. cit, nota 7

El cambio generaría también una mejora en el sistema de impartición de justicia, ya que los procesos serían cada vez más, llevados por operadores capacitados, expertos, que utilizarían las salidas alternas para promover la solución anticipada de los asuntos, evitando congestionar el organismo de impartición de justicia al querer llevar todos los asuntos a sede de juicio oral con la idea necia de que solo así se puede impartir justicia.

Por ello se sostiene la idea de que resulta irrelevante si se decide o no privatizar la impartición de justicia, ya que se podría privatizar, cambiar de sistema, importar tribunales extranjeros, o regresar a la propia ley de Talión, pero si no se pelea por estandarizar la calidad de los operadores, de poco servirá cualquiera que sea el cambio que se busque realizar.

FUENTES CONSULTADAS

BAYTELMAN, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago de Chile: Imprenta Salesianos S.A.

ESPINOSA ACUÑA, D. (2014). Las Técnicas Del Juicio Oral. Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales

CARBONELL, M. (11 de junio de 2013). Adn Político. Obtenido de Adn Político: <http://www.adnpolitico.com/opinion/2013/07/07/miguel-carbonell-demasiados-abogados>

INEGI. (mayo de 2013). Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Obtenido de: <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/Proyectos/encuestas/hogares/regulares/enoe/>

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. (5ª, ed.). (2015). México, D.F.: Lex Editores, S.A.

CONGRESO DE LA UNIÓN. Ley General para el ejercicio profesional sujeto a colegiación y certificación obligatorias (propuesta). Recuperada de: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/10819-propuesta-de-iniciativa-para-la-certificacion-y-colegiacion-obligatoria-de-algunas-profesiones.html>

ILICITUD SUSTANCIAL, ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA*

Camilo Andrés Garzón Correa**

Resumen • Palabras clave • Ilícitud sustancial, elemento fundamental para configurar la falta disciplinaria • 1. Sobre la ilícitud sustancial en general • 2. Ilícitud sustancial y la función pública • 3. Ilícitud sustancial en la corte constitucional • 4. Ilícitud sustancial, diferencia el derecho disciplinario del derecho penal • 5. Análisis de casos • 5.1. Proceso con radicado 2009-215383, del 28 de enero de 2011 • 5.2. Proceso con radicado 2006 – 277830 con sentencia del 11 de enero de 2011 • 5.3. Proceso con radicado 154-161411-2007, con sentencia de segunda instancia del 21 de enero de 2010 • 6. Conclusiones • Referencias.

* Artículo desarrollado en el marco de trabajo como docente del semillero de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Medellín.

** Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad, docente tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Medellín. Camiloa.garzon@campusucc.edu.co

RESUMEN: Este Artículo pretende analizar la ilicitud sustancial como elemento fundamental para la configuración de la falta disciplinaria. En este momento de tanto auge del ente de control disciplinario como lo es la Procuraduría General de la Nación, conviene analizar cuando verdaderamente un servidor público o un particular en ejercicio de funciones públicas transgrediendo el deber funcional, que es requisito sine qua non según el Código Disciplinario Único para que se configure una falta. Así mismo se procura demostrar que en ocasiones existiendo tipicidad, esta no es susceptible de sanción porque el agente transgresor con su conducta no afectó sus funciones, como lo ha definido la Corte Constitucional (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-984, DE 2002) al derecho disciplinario le interesan las conductas que afecten el normal desarrollo de la función pública. Y, por último, definir como la Illicitud sustancial y la antijuridicidad se diferencian.

PALABRAS CLAVE: Illicitud Sustancial, deber funcional, antijuridicidad.

ABSTRACT: This article aims to analyze the material unlawfulness as key to shaping the disciplinary offense. At this point in both the rise of disciplinary control entity such as the Attorney General's Office, should be analyzed when truly a public servant or an individual in the exercise of public functions is transgressing the functional duty, which is a sine qua non under disciplinary code in order to constitute only a misdemeanor. It also seeks to show that sometimes there is typically, this is not subject to sanctions because the offending agent with his conduct did not affect their functions, as defined by the constitutional court to the disciplinary law is interested in conduct that affects the normal development of the public service. And finally defined as the unlawful Illegality substantial differ.

KEY WORDS: Illegality Substantial, functional duty, unlawfulness.

ILICITUD SUSTANCIAL, ELEMENTO FUNDAMENTAL
PARA CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA

Primero es importante aclarar que en este trabajo no se profundizará en todos los elementos necesarios para que se configure una falta

disciplinaria solo se realizará una descripción del elemento de la ilicitud sustancial, los demás elementos como la tipicidad, la culpabilidad y el daño serán tratados en cuanto se relacionen con el objeto de estudio pero no se hará mayor análisis sobre estos.

Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, igualmente, el deber funcional comprende la carga pública impuesta a quienes desempeñan funciones estatales en el marco de las llamadas relaciones especiales de sujeción que le gobiernan en procura de alcanzar los fines antedichos.

En el campo del derecho disciplinario no se puede perder de vista que la realidad determinante para encontrar la solución justa, no es más que la conducta constitutiva de falta, con todos sus movimientos volitivos y cognoscitivos, así como el conjunto de condiciones externas que le sirven dentro del contexto. No quiere decir esto, que se debe prescindir de la norma, sino a aplicarla de manera crítica, informándose para ello del criterio realista antes expuesto, siendo la norma jurídica un instrumento para encontrar lo justo en la relación administrativa entre el servidor público y el Estado. Basados en la premisa de ULPIANO (<http://www.derechocambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>) que dice: "justicia entendida como virtud es la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde". Por lo cual el funcionario investido de atribución disciplinaria, tiene que despojarse de todo sesgo, perjuicio o interés ilegítimo que pueda afectar su imparcialidad o su objetividad, siendo indispensable que el juicio que profiera debe obedecer a una evaluación material de la conducta y de la norma, atribuyéndole al disciplinado una responsabilidad o un fallo absolutorio según lo evaluado respetando las reglas del conocimiento para llegar a condenar según lo establece la Ley 734 de 2002.

También se puede destacar que las causales de exclusión previstas en la Ley disciplinaria tienen carácter enunciativo y no taxativo, siendo aplicables también otras que conduzcan a concluir que del autor de la conducta no era exigible un comportamiento diverso, lo cual excluye la sanción. En este sentido y bajo el epígrafe de causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, la norma legal analizada regula

siete (7) situaciones que corresponden a causales de justificación y de inculpabilidad. Las primeras, eliminan la antijuridicidad de la conducta (justificación), como se establece cuando el agente actúa en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, para que esto opere es necesario que el autor haya actuado en forma voluntaria y consciente, pero por la necesidad de hacer prevalecer un deber, que en su sentir reviste mayor importancia, al realizar la hechos en cumplimiento de un deber que a consideración de que realiza la conducta es de más valor que el inmolado, se está excluyendo la antijuridicidad de la conducta.

La inobservancia al compromiso no puede ser visto entonces en términos de simple inobediencia a la norma dado que además es necesario que se extienda en tal nivel que ponga en peligro el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, que dificulte el cumplido desarrollo de la misión de la dependencia o entidad, en cuyo caso se debe adelantar la actuación disciplinaria. El derecho disciplinario es una rama perteneciente al derecho público, y se califica de esta manera porque combina normas tanto del derecho penal como del derecho disciplinario, por eso por algunos autores (PINILLA PINILLA, 1990) definen que es derecho disciplinario, hace parte del derecho administrativo sancionador. El derecho disciplinario está integrado por todas las normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un comportamiento debido y que no afecte el ejercicio de sus funciones, por eso las normas disciplinarias tienen como fin adiestrar el comportamiento de las personas que cumplen funciones públicas, por lo tanto la finalidad de esta rama del derecho es la salvaguarda del bien jurídico de la función pública.

“Aunque también se dice que: El derecho disciplinario ha obtenido reconocimiento como una rama autónoma e independiente del derecho, ello como resultado de los esfuerzos que a largo de muchos años se han encaminado a determinar cuál es el objeto de dicha rama y a construir, –a partir de ese objeto–, una dogmática propia”. (CLAVIJO RAMÍREZ, 2006).

Sobre esta afirmación se presentan algunas objeciones, porque si bien desde la figura de la ilicitud sustancial de la conducta el derecho disciplinario ha adquirido unas características propias, no puede deslindarse de una rama macro, la cual es el derecho administrativo,

ya que en la principalística de aquel derecho se citan las normas del Artículo 209 superior que regulan todo tipo de actuación administrativa, como lo son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, por lo tanto no puede decirse que sea una rama autónoma e independiente, más bien se cree, como se afirmó anteriormente, que es una rama especialísima del derecho administrativo con unas características propias, pero que en los principios generales se rige por los mismo que los ya anunciados. Lo anterior no quiere decir que el derecho disciplinario no pueda tener una dogmática propia, porque como se afirmará a lo largo de este texto, éste protege un bien jurídico muy especial y además no lo protege con el sentido de bien jurídico como lo hace el derecho penal, sino de una forma diferente, garantizando la funciones y el buena marcha de todas las instituciones del Estado, es que el derecho disciplinario si tiene una objeto propio.

La potestad disciplinaria fue diseñada para el logro de los fines del Estado mismo y, particularmente, con el propósito de asegurar el cumplimiento de los principios que rigen el ejercicio de la función pública, estos son: el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El límite de la potestad sancionadora, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio, de tal manera que si esta situación no se produce, no hay lugar a responsabilidad disciplinaria. Por ello, para determinar dicha responsabilidad no es suficiente verificar la infracción del reglamento, sino que se hace necesario valorar la afectación del servicio o la función pública asignada, lo antepuesto según la Corte Constitucional de Colombia. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C - 431, DE 2004).

La filosofía del derecho disciplinario, más allá de las imprecisiones de tipo semántico o gramatical en que pudo haber incurrido el legislador, se necesita buscar una interpretación acorde con los principios y fines que deben orientar el derecho disciplinario de dentro del marco del Estado Social de Derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen función pública.

En un análisis de la historia y evolución legal del régimen disciplinario en Colombia según Isaza Serrano, 2009, se ha dicho que el instrumento

mediante el cual se ha priorizado el comportamiento de los servidores públicos, es el énfasis en el cumplimiento del deber de sus funciones.

La falta disciplinaria se concibe como una conducta sustancialmente ilícita por la infracción de un deber, la cual debe ser objeto de un desvalor de conducta, al realizar ese análisis se concluye si es merecedora de sanción.

Se puede dilucidar entonces que el incumplimiento del deber funcional es el que orienta el arrojamiento de antijuridicidad (aclarando que se toma esta palabra en términos generales y no con la definición del derecho penal) de la conducta.

La Corte constitucional ha dicho:

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C - 341, DE 1996).

Así mismo el Consejo de Estado se ha manifestado en torno al derecho disciplinario en los siguientes términos:

En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la función pública. [...] De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la Ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas. (CONSEJO DE ESTADO, SENTENCIA 0506-08, 2009)

También el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria se ha manifestado así sobre el deber funcional:

De allí que el mismo legislador disciplinario dispuso la ilicitud sustancial cuando se afecte el deber funcional sin justificación alguna (Art. 5° Ley

734/2002). Entonces no es el resultado lo que condiciona la operabilidad del derecho disciplinario para entrar a determinar juicios de responsabilidad, máxime cuando en esta área impera el comportamiento de mera conducta, sin que por ello se pueda decir que se está en presencia de responsabilidad objetiva alguna, precisamente proscrita en este derecho sancionador, sólo que una vez demostrada la sustracción del funcionario a ese deber que le es inherente y al cual está sujeto por el vínculo mismo con la administración, se da cabida al rigor del derecho disciplinario [...] Así, puede afirmarse con toda certeza, que en esta materia no existe un bien jurídico en estricto sentido, sólo se reconoce la infracción a deberes precisamente por esa relación de sujeción, la cual necesita de controles o reglas de conducta para exigir del funcionario el cumplimiento de los fines y funciones" (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA, SENTENCIA 680011102000200600296 02, 2011).

Según lo que se ha dicho es este texto no se puede estar de acuerdo con lo expresado por el Consejo Superior De La Judicatura en el apartado de la sentencia que se acaba de transcribir, porque el Derecho Disciplinario si tiene un bien jurídico tutelado que protege, así está definido en el Código Disciplinario Único y en la Constitución Política de Colombia, estas normas jurídicas indican que este derecho protege la función pública y ese es un bien jurídico no en el sentido del derecho penal liberal como se explicará más adelante, pero si desde el punto de vista de la dogmática de la Carta fundamental y de la concepción del Derecho Disciplinario en Colombia, porque su protección permite el normal desarrollo de las funciones estatales y la satisfacción de los nacionales por el buen y normal desarrollo de las instituciones del país.

Continuando con los pronunciamientos tenemos que igualmente la Procuraduría General de la Nación, en cabeza del Procurador General sobre el tema ha dicho lo siguiente:

La conducta constitutiva de falta disciplinaria desplegada, por una parte, afectó el deber funcional, sin que se haya demostrado la existencia de alguna causal de justificación. La sustancialidad de la ilicitud se concreta en la afectación de deberes funcionales, que se dan por la violación de los principios constitucionales y legales, ante todo los referentes (sic) a la función administrativa, que están concretados en el Artículo 209 de la Constitución Política. Lo anterior se desprende de la lectura integral de los Artículos 5 y 22 del Código Disciplinario Único, la afectación del deber funcional a cargo del disciplinado fue sustancial, en la medida de que su conducta estuvo

en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. El concepto de principio es fundamental para la construcción de la categoría de ilicitud sustancial, necesaria para hacer el reproche disciplinario, pues la responsabilidad disciplinaria no equivale a la violación del deber por el deber, ella es algo más, algunos, para darle un sentido más amplio, hablan de la violación del deber sin que exista justificación alguna, justificaciones que estarían dadas en el Artículo 28 del Código Disciplinario Único (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FALLO DISCIPLINARIO 2010 -377993 , 2010).

Por lo tanto se encuentra que los entes máximos que aplican el derecho disciplinario en Colombia le dan mucha importancia para la configuración de la falta que el servidor público incurra en una violación al deber funcional.

1. SOBRE LA ILICITUD SUSTANCIAL EN GENERAL

Teniendo en cuenta que debido a algunos fallos emitidos por las autoridades disciplinarias que han sido objeto de las decisiones de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y de los jueces constitucionales, en las que se encuentra afectada su validez, por ser expedidos como una expresión de responsabilidad objetiva y con el fin de promover la eficacia de la justicia disciplinaria dentro del marco establecido por la Constitución Política de Colombia de 1991, el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, ha estimado unos criterios orientados al buen entendimiento y adecuada aplicación de este derecho sancionador, como una expresión de la potestad punitiva del Estado.

El Senado de la República, cuando aprobó el Proyecto de Ley No. 92 de 1999, determinó como Principio Rector “el Principio de Lesividad”, señalando que “La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas sólo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública”. Subsiguientemente la reforma se convirtió en Proyecto de Ley No. 19 de 2000 y el Senado de la República de Colombia lo aprobó señalando que la responsabilidad disciplinaria sólo se daría “Cuando afecte o ponga en peligro el decoro, eficiencia y eficacia de la función pública”. Finalmente cuando el

proyecto pasó a debate a la Honorable Cámara de Representantes, la Procuraduría General de la Nación presentó la fórmula de la Ilícitud Sustancial, precisando que la falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas “sólo dará lugar a imposición disciplinaria cuando afecte el deber sin justificación alguna”, quedando finalmente aprobada la Ley 734 de febrero 5 de 2002 en los siguientes términos: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, lo cual constituye una innovación para el Derecho Disciplinario que no traía esta figura ni con el nombre de lesividad, de Antijuridicidad ni de Ilícitud Sustancial.

Los proyectos que antecedieron a la reforma del Código Disciplinario Único, fueron muy claros al expresar que constituiría Lesividad la afectación o puesta en peligro de la función pública, olvidando que ello ocurriría siempre y cuando se realizara sin justa causa. Por fortuna la Cámara de Representantes, introdujo la “afectación o puesta en peligro de la función pública, señalando que ello ocurriría siempre y cuando se realizara sin justa causa, pero que desafortunadamente, la Procuraduría General de la Nación quitó a la norma “la afectación o puesta en peligro de la función pública”, dejando solamente la redacción referida “a la afectación del deber funcional sin justificación alguna”. Se considera, que esta última definición de “Ilícitud Sustancial” hubiese quedado más clara si se le hubiese agregado la disyuntiva “o afecten o pongan en peligro la función pública”, ya que el bien jurídico tutelado está unas veces explícito y otras implícito en la tipificación de las faltas disciplinarias en forma de Objeto Jurídico, el cual no puede ser otro que la Administración Pública.

La Ilícitud Sustancial también implica protección de bienes jurídicos, los cuales son fundamento del Derecho Disciplinario y, que como se indicó anteriormente, ellos están explícitos o implícitos en la descripción de las conductas disciplinarias en forma de objeto jurídico, representado en la Administración Pública. De todas maneras debe destacarse que dentro del Derecho Disciplinario es perfectamente aplicable el principio de Ilícitud Sustancial desde la óptica de la “Antijuridicidad Material” y que por lo tanto, la valoración de la conducta disciplinada debe ser observada desde la “afectación o puesta en peligro de la función pública”, lo cual se explica como la “efectividad de la lesión o del

peligro a la Administración Pública”, para que el comportamiento sea típicamente antijurídico. El no aceptar esta consideración, es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación a la afectación del deber funcional sin justificación alguna, cuando muchas veces no se determina en él, la lesión o el daño al bien preciado de la administración o simplemente se podrían tomar como incumplimiento al deber funcional las extralimitaciones del servidor público con ocasión a comportamientos que benefician al ente estatal, como sería el caso de llegar una o dos horas antes de la jornada reglamentaria de trabajo o salir una u dos horas después. Lo anterior desde el principio de este primer punto del texto es un resumen del contexto de expedición de la Ley 734 de 2002, y La eficacia, la eficiencia y la celeridad con que actúe el servidor público serán entonces aspectos que ayudan a comprender mejor el tema y que perfectamente deben analizarse dentro del concepto de Ilícitud sustancial para enmarcar la conducta, y no simplemente la afectación del deber funcional sin justificación alguna.

Si el significado real del término antijuridicidad es el de ser contrario a derecho, debe entenderse que para estimarse cumplida la contrariedad de la conducta, ésta debe tener una razón de ser. El comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto o, extraño a los principios que rigen la función pública cuando menos. En síntesis, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.

Las anotaciones que preceden sirven para afianzar que la responsabilidad disciplinaria no puede ser tomada por desconocerse las Leyes o los reglamentos de manera formal o por el simple desconocimiento de los deberes impuestos a los servidores públicos, sino que es absolutamente necesario que la conducta lesione, quebrante o ponga en peligro el Bien Jurídico de la Administración Pública. El hecho que el Código Disciplinario Único o Ley 734 de febrero 5 de 2002, recoja el principio en la forma señalada, no deja de dar cabida al principio penal de la antijuridicidad material, habida consideración que el mismo es propio de cualquier derecho sancionatorio, dentro del cual se encuentra precisamente el Derecho Disciplinario y sobre todo cuando nuestra Corte Constitucional

en expresó que "... la Corte ha manifestado de manera reiterada que los principios del derecho penal criminal son aplicables al derecho disciplinario, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho penal o sancionatorio..." (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C 358, DE 1997).

Para poder llegar a tener un entendimiento recto de esta especie del derecho sancionador como lo es el derecho disciplinario hay que tener los siguientes conceptos claros:

- Como indicó (VILLEY, 1979) El derecho en su sentido propio y autentico es la cosa justa, lo justo (*id quod iustum est*) relacionado de manera que en proporción con las diversas relaciones sociales y que tiene como consecuencia, la atribución a la otra parte de la relación, en lo que se define en últimas como aquello que por naturaleza se encuentra adecuado al otro. En sentido derivado, el derecho es el arte de observar, descubrir y declarar lo justo en las relaciones en sociedad al Derecho le es propio repartir bienes, honores, sanciones y cargas o declarar la situación de igualdad proporcional en una relación
- En cuanto a la función de la justicia en este planteamiento se puede precisar que el derecho es el objeto de la justicia. Al consistir la justicia en dar a cada cual lo que le corresponde, ese acto de la voluntad tiene como objeto "dar" o "atribuir" una cosa justa: el derecho, entonces, consiste en decir lo que le corresponde a cada quien .

Finalmente debe decirse que al señalar el Artículo 42, numerales 3º y 5º de la Ley 734 como criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta: "el grado de perturbación del servicio" y "el perjuicio causado", se corrobora desde la óptica de la punibilidad la exigencia de la contemplación de la afectación al bien jurídico de la administración pública en derecho disciplinario, pues ese rasero es de recibo en el análisis del bien jurídico tutelado del derecho sancionatorio, lo cual indica que el código disciplinario único, tiene como exigencia para el operador disciplinario el deber de analizar el grado de lesión o de afectación al bien jurídico para concluir la gravedad o levedad de la falta, así como el correspondiente grado en que se causó el perjuicio, con miras a determinar qué clase de sanción debe imponerse de acuerdo con el Artículo 42 y siguientes de la Ley disciplinaria.

La existencia del bien jurídico tutelado en materia sancionatoria y definitivamente en materia disciplinaria, constituye una limitación al poder sancionatorio del Estado, un excelente y garantizador criterio para tasar la sanción que le corresponde al disciplinado ante su comprobada afectación. Retirar ese criterio de naturaleza penal, es afectar todo el sistema sancionador o punitivo del Estado, puesto que, como se ha dicho reiterativamente, no basta la afectación del deber funcional sin justa causa, sino que es necesario demostrar que la conducta del sujeto disciplinado lesionó o puso en peligro el bien jurídicamente tutelado que se estableció explícita o implícitamente en la respectiva disposición disciplinaria.

Finalmente no es dable aceptar la exclusión del análisis de la antijuridicidad material en la conducta del investigado o del disciplinado, toda vez que se daría paso a la ya superada antijuridicidad formal, a la cual sólo le interesa la confrontación de la norma con la conducta, sin importarle el análisis de la efectividad de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico de la administración pública sobre el cual se pregona su existencia implícita o explícita en la disposición disciplinaria.

La Corte Constitucional en el estudio de la Ley 1015 de 2006, Régimen disciplinario de la Policía Nacional dijo:

Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del Artículo 34, y en el numeral 18 del Artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) “que empañe, o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución”, incorporan conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, y adicionalmente no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario [...] en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias”. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C 819, DE 2006)

La estructura de la falta disciplinaria, soportada en la fusión de las categorías de tipicidad y antijuridicidad, en este sentido, al percibirse la estructura del ilícito disciplinario como la unión inseparable de la tipicidad y la antijuridicidad, dado que el derecho disciplinario, como

cualquier área del conocimiento jurídico, debe estar fundamentado en conceptos, valores y fines que constituyan su filosofía, significando que se hace indispensable abordar los problemas de una determinada rama jurídica, sin antes constatar que los conceptos y los fines de éste se encuentran correctamente commensurados a su naturaleza.

Al realizar un análisis de Gutiérrez Velasco doctrinante mexicano se puede decir que en México, para discutir de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, se habla de responsabilidad administrativa de estos, y está regida por la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, esta prevé que la obligación principal del servidor público es no cometer actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia del Estado y que deben observar en el desempeño de su función. Esta normativa, no cuenta con una principialística propia como sucede en Colombia, no se habla que la conducta debe afectar el deber funcional, solo se consagran unas funciones generales y un catálogo de faltas, es más, no existe un ente especial como lo es la Procuraduría General de la Nación el Colombia que ejerza el control preferente del derecho disciplinario, lo ejerce un órgano dependiente de la Contraloría Federal Mexicana, que como en Colombia, se enfoca es al control y vigilancia del gasto público. (Gutiérrez Velasco, y otros, 1994)

Pero esto no es solo en México en un análisis que hace la doctrina de ese país demuestra como la situación del derecho disciplinario en Latinoamérica es similar, no es muy desarrollado, en ese estudio no se hace mención a Colombia, pero se concluye que este derecho en Colombia cuenta con una estructura más organizada y con unas características que lo diferencian de otros tipos de controles como el fiscal, cosa que no sucede en otros países como se identifica en el ese estudio, allí expresamente se dice:

“Existen diversos antecedentes en el extranjero de organismos de control y vigilancia. En algunos países estos organismos se conforman como tribunales de cuentas y en otros como contralorías. En ambos casos son organismos que vigilan el desempeño de los gobiernos, particularmente enfocándose a la rendición de cuentas y al cumplimiento de las disposiciones legales relativas al gasto público y a la gestión financiera”. (Gutiérrez Velasco, y otros, 1994)

Así se puede observar que Colombia tiene un desarrollo bien particular en esta área especial del derecho administrativo, donde existen unas faltas propias y se tiene claro por parte de todos los estamentos que este derecho merece un estudio desde sus características propias, con un ente que ejerce su ejercicio preferente con una interpretación dada por sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y a su vez este ente (Procuraduría General la Nación) tiene poder para interpretar y darle desarrollo en su medida al derecho disciplinario, impulsándolo desde la institución de la ilicitud sustancial con unas reglas propias para su actuación.

2. ILICITUD SUSTANCIAL Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

Es importante en este punto regresar un poco para hablar de la función pública y de las personas que la ejecutan, tanto los servidores públicos, como los particulares que cumplen funciones públicas, es que se debe partir de un punto fundamental que requiere el derecho disciplinario los funcionarios del Estado, por eso se tiene que conocer esa atadura que tienen estas personas a la función pública.

Función pública es el ejercicio por parte de unas personas de los deberes consagrados en la normativa vigente para el Estado, por tanto esos servidores están sujetos a cumplir esas funciones so pena de una sanción, y están obligados además a no realizar ciertas conductas que afecten esa función que realizan, esto según el Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

El Artículo 113 de la Constitución Política se desprende que la consecución de los fines del Estado depende, en gran parte, del estricto y cabal cumplimiento de los deberes funcionales confiados a sus agentes, por lo cual el Estado no debe ejercer su potestad disciplinaria respecto de conductas que forman parte del fuero interno de sus agentes, de su esfera personal o que sean expresión de sus derechos fundamentales a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad y que no tengan relación con la función a ellos encomendada. Por lo cual el deber funcional puede ser comprendido entonces, como una armónica combinación de elementos misionales y jurídicos que posibilitan el cumplimiento de los

fines del Estado, por cuanto las funciones del agente estatal se encuentran en una relación de medio a fin respecto de los mismos objetivos del Estado.

La responsabilidad disciplinaria por faltas cometidas a título de dolo se mantuvo la idea de que siempre, para la estructuración de esta forma de imputación, bastaba el conocimiento de los hechos y el de la ilicitud, consecuentemente se asumió que el hecho de tomar posesión del cargo público suponía el conocimiento no sólo de los deberes exigibles del agente estatal, sino también de las actividades relacionadas con el ejercicio del cargo y de los contenidos normativos de la Ley disciplinaria, lo que hace derivar el dolo, únicamente, del conocimiento exigible del servidor público, pero se obviaba el conocimiento real del agente estatal del comportamiento típico, y, además, se dejaba de lado el ingrediente volitivo de la conducta, resultado de una inferencia, aunque *iuris tantum*, se tornó inquebrantable en muchos casos cuando se decía: "quien sabe lo que hace lo hace, quiere hacerlo, Máxima Pregonada por Hruscka, citado por Gómez Pavajeau". (GÓMEZ PAVAJEAU C. E., 2007)

Ahora bien, las personas están vinculadas de distinta manera al Estado, el concepto servidor público es general, y por tanto existen unas clasificaciones particulares es así como la doctrina (YUNES MORENO, 2006) ha dicho que existen varios tipos de servidores públicos como lo son: Miembros de corporaciones públicas, empleados públicos, trabajadores oficiales. Y además sin importar como estén vinculados con el Estado todos están sujetos a las normas disciplinarias. Existen otras personas que prestan servicios al Estado, pero no son servidores públicos, son los particulares que cumplen funciones públicas y la Ley 734 también los rige con unas disposiciones especiales, pero la parte general y el tema que se trata es igual para ellos como para los servidores públicos.

La parte sustantiva como la procedimental del derecho disciplinario, son autónomas, como quiera que atienden y velan por el buen funcionamiento de la organización estatal, dado que está orientado a regular el comportamiento disciplinario de sus funcionarios, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un

estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas. Entonces, los servidores públicos deben buscar siempre el cumplimiento de los cometidos propuestos por el Estado y cumplir las funciones del cargo para el cual fueron nombrados, es decir, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la Ley y los reglamentos, previstos en la Constitución como principios y desempeño de funciones públicas en los Artículos 6 y 122. Concluyéndose, que cualquier funcionario del Estado, puede verse sometido a un proceso disciplinario para determinar su grado de responsabilidad, no sólo referido a su desempeño, sino también por las posibles omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones.

Por consiguiente, la finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos. Por tanto, en la realización de tales fines, es donde anida el fundamento para determinar la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las Leyes y los reglamentos que resulten aplicables.

La inobservancia de las normas debe implicar la vulneración del deber funcional, o sea, el desconocimiento de la función social que le incumbe a todo servidor público o al particular que cumple funciones públicas. Entonces, si los postulados de la administración pública son la diligencia y el cuidado en el desempeño de las funciones asignadas, la consecuencia jurídica es la sanción de las conductas que atentan contra tales postulados, a saber, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia.

En efecto, en el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación

de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, ente otras., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

En tal sentido, la relación de especial sujeción, es aquella relación jurídica pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y a favor de un determinado fin administrativo.

En el ordenamiento jurídico del país, este elemento esencial se encuentra consagrado en el Artículo 6 de la Carta Política, en el que se hace referencia a la responsabilidad maximizada de los servidores públicos, quienes además de responder por incumplir la Constitución y la Ley, lo harán también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, la Ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

3. ILICITUD SUSTANCIAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 el cual expresa: "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna", esa corporación en diferentes sentencias a dado la jurisprudencia constitucional referente al tema, a continuación se realizará un breve análisis sobre estos pronunciamientos.

En primer lugar la Sentencia C 948 de 2002, estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el Artículo 5 de la Ley 734, este ciudadano argumentó que esta norma transgrede la Constitución Política colombiana porque a su juicio, el Artículo 5 acusado vulnera los Artículos 2 y 29 superiores, por cuanto estructura la antijuridicidad de la conducta bajo un referente jurídico-formal, pues la falta disciplinaria está determinada por la afectación al deber funcional y no por el daño material causado, que es el verdadero interés jurídico que deben proteger las autoridades públicas. Precisa que el deber funcional “solo es un medio para determinar si la conducta se estructura por la vulneración material y no formal, de un interés a cuya protección se debía orientar la realización del mismo”. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C 984, DE 2002) Por lo tanto, solicita a esa Corporación que declare la exequibilidad condicionada del Artículo 5 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la afectación del deber funcional debe ser material y no formal y trascendente al interés jurídico protegido. La Procuraduría General de la Nación al manifestarse en este trámite indicó que frente a las acusaciones formuladas estima que dicha norma se ajusta al marco constitucional del derecho disciplinario y desarrolla la naturaleza jurídica de éste al construir el ilícito disciplinario a partir de la noción del deber funcional en el que el resultado material de la conducta no es esencial para estructurar la falta disciplinaria, sino el desconocimiento del deber que altera el correcto funcionamiento del Estado, por ende la ilicitud sustancial a pesar de no comprender el resultado material no impide la estructuración de la falta disciplinaria. El magistrado ponente en el análisis que realiza hace las siguientes consideraciones:

La norma no hace otra cosa que desarrollar la naturaleza del derecho disciplinario basada en el encauzamiento de la conducta de quienes cumplen funciones públicas con el objeto de que se cumplan los fines del Estado, por lo que en su concepto el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria, pues el solo desconocimiento del deber es el que origina la antijuridicidad (sic) de la conducta [...] Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuridicidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal [...] Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración

global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado Social y Democrático de Derecho (Artículos 2º, 6º y 122 inciso 2º de la Carta Política) [...] No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la Ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado [...] El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad (sic) de las conductas que se reprochan por la Ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta [...] no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria" [...] (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C 984, DE 2002)

Se puede identificar como la Corte Constitucional ha querido desligar desde el concepto de ilicitud sustancial el derecho disciplinario del derecho penal, diciendo que tiene unas características distintas, y que el juzgamiento de los servidores públicos debe enmarcarse en cómo afecta la conducta supuestamente transgresora de las normas disciplinarias, el deber que le fue encargado al servidor público o al particular que presta funciones públicas, esa afectación como ha mencionado la Corte Constitucional debe tener algún grado de incidencia en el bien jurídico protegido por el derecho disciplinario el cual es la administración pública, por tanto esta norma permite que no se juzguen como faltas, conductas insignificantes para el correcto funcionamiento del Estado.

Conviene analizar entonces que es el principio de insignificancia desde el derecho penal para traerlo al derecho disciplinario y describir cómo opera en esta materia, dice Lugi Ferrajoli doctrinante italiano que "la lesión de un bien jurídico debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente para justificar su prohibición y punición como delito" (FERRAJOLI, 2002). En definitiva, para permitir el ejercicio punitivo del Estado debe existir una

afectación significativa al bien jurídico protegido pues, de lo contrario, no se daría esa dañosidad social referida, no se afectaría al sistema social en su conjunto ni sus consecuencias serían constatadas en la realidad social. Llevar estos conceptos al derecho disciplinario son válidos, así se podría decir que la conducta del sujeto disciplinable debe ser de aquellas que afecten lo que todos los ciudadanos quieren de la administración, esa conducta debe afligir la buena imagen que las personas quieren tener de la administración pública, por tanto es reprochable y merece una sanción, pero si la conducta es de aquellas que no logra dañar esa imagen, no merece ser disciplinada y por tanto no afecta el deber funcional del servidor público, esa conducta no será antijurídica.

Regresando a los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C 1076 de 2002, en la cual se estudió el Artículo 51 de la Ley 734 de 2002 el cual en su redacción inicial rezaba:

Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

Este llamado de atención se anotará en la hoja de vida y no generará antecedente disciplinario. En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria.

Indicó entonces la Corte que esa clasificación de menor grado de todas formas merece un análisis determinando la ilicitud sustancial de la conducta, y además dijo:

No obstante, lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 51, [...] pierde de vista la ausencia de ilicitud sustancial de la conducta que condujo al llamado de atención pues no puede desconocerse que esa anotación le imprime a aquél (sic) un carácter sancionatorio. Ello es así al punto que cualquier persona que tenga acceso a la hoja de vida del servidor, no valorará ese llamado de atención como un mérito sino como un reproche que se le hizo al funcionario y es claro que esto influirá en el futuro de aquél. Esta consecuencia es irrazonable si se parte de considerar que el presupuesto que condiciona el llamado de atención y no la promoción de una actuación disciplinaria es la ausencia de ilicitud sustancial en el comportamiento. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C 1076, DE 2002)

Por último, al parafrasear una sentencia de tutela de la misma corporación donde se aplica la sentencia que se acaba de referenciar, la corte insiste que para que exista una falta disciplinaria susceptible de sanción la conducta debe sobrepasar o dejar de lado las funciones del servidor público, y que cualquier tipo de sanción que se quiera imponer a un servidor público debe basarse en un estudio de la ilicitud sustancial de su conducta por mínima que sea la sanción. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T - 735, 2004)

4. ILCITUD SUSTANCIAL, DIFERENCIA EL DERECHO DISCIPLINARIO DEL DERECHO PENAL

En materia de derecho disciplinario tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas. Antijuridicidad sustancial término genérico que cobija las especies: antijuridicidad material e ilicitud sustancial. El primero reservado para el derecho penal, el segundo para el derecho disciplinario.

La construcción del derecho disciplinario sobre la noción de la desobediencia del deber ha caracterizado rumbos en el desarrollo de su ordenación, ha contribuido a marcar los contrastes con el derecho penal, no sólo en cuanto al acaecimiento del ilícito disciplinario, sino también, entre otros, la imposibilidad de manejar figuras como la tentativa (dado la consumación de la falta está dada por la mera realización de la conducta que desconoce el deber), la complicidad (dado que cada persona sólo puede infringir los deberes que le competen), o la no exigencia de un resultado material como requisito para la configuración de la falta disciplinaria (dado que no es necesario modificar el mundo exterior para infringir un deber). (CLAVIJO RAMÍREZ, 2006) Se dice que "La ilicitud sustancial es una categoría dogmática propia del Derecho Disciplinario y con una connotación tan específica que se constituye en la principal diferencia con la estructura de la responsabilidad penal" (GÓMEZ PAVAJEAU C. A., 2006). Sin la ilicitud sustancial como elemento fundamental de esta rama del derecho, ésta pasaría a ser un mero apéndice o división del derecho penal con unas simples variantes. Es que el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos individuales, sino un bien jurídico muy especial que afecta a toda la comunidad, por eso

para que se vulnere deben cumplirse unos especiales requisitos definidos en la Ley disciplinaria, porque con el régimen disciplinario se pretende asegurar la eficiencia en los servicios a cargo del Estado, la moralidad, la responsabilidad y la conducta de los servidores públicos, de manera que cumplan sus funciones de la manera prevista en la Constitución, la Ley y los reglamentos, insiste GÓMEZ PAVAJEAU que el derecho disciplinario demuestra no estar dispuesto a que los vinculados por las relaciones especiales de sujeción se aparten del cumplimiento de los deberes, cuando ello ocurre sin explicación válida y razonable conforme a la sistemática de las causales que eximen de responsabilidad; toman así aquellos un encargo donde se reafirma la vinculación con los deberes y las consecuencias de apartarse de los rumbos y parámetros propios del encauzamiento de la conducta en aras de la función social que se cumple.

La ilicitud es el cimiento de la responsabilidad disciplinaria, la infracción disciplinaria supone siempre la existencia de un deber cuyo olvido incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado. Por lo tanto hay ilicitud sustancial, cuando el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple. Esta categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se soporta el deber desde el punto de vista constitucional y de la forma de Estado Social y Democrático de Derecho en ella contenido.

Entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en

relación con el derecho penal. (CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C - 597, DE 1996). Que la jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de narrar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

Si un servidor público ha realizado una conducta que puede calificarse a la vez como delito y como falta disciplinaria, el juzgador de cada proceso tendrá que tener en cuenta situaciones diferentes, porque en el derecho disciplinario el funcionario de la procuraduría, o el jefe de control interno de la entidad, o aquel que sea encargado de aplicar la Ley disciplinaria según la Ley, debe verificar si con esa conducta se han afectado realmente las funciones del Estado, y además debe verificar que ese servidor público debe conocer sus funciones claramente, ya que desde el inicio en el ejercicio de su cargo este debió haber recibido claramente una introducción a sus funciones, si esto no se hizo así, se pondrá en duda la responsabilidad de la persona investigada. En cambio en el derecho penal, el fiscal para incoar la pretensión de condena, y el juez para declarar penalmente responsable a esa persona, constata los elementos constitutivos de delitos, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no hará tanto énfasis como se hace en el derecho disciplinario en la afectación de las funciones del Estado, sino que con la conducta dolosa o culposa del agente se halla transgredido un tipo penal.

5. ANÁLISIS DE CASOS

Por último se pasa a analizar algunos casos fallados por el Procurador General de la Nación, donde se identificará la importancia de la ilicitud sustancial en la configuración de una falta disciplinaria.

5.1. Proceso con radicado 2009-215383. Del 28 de enero de 2011

En este proceso, el Procurador General de la Nación, investiga la conducta de los Concejales de un municipio de Colombia por elegir a un contralor

que estaba inhabilitado para el ejercicio del cargo. El Procurador condenó disciplinariamente a algunos de ellos por encontrar que su conducta vulneró los preceptos del derecho disciplinario, frente a estos consideró que si bien la actuación fue culposa por un error, estos por su falta de cuidado como servidores públicos vulneraron los mandatos legales por tanto su actuación merece reproche, es que una conducta culposa puede infringir los deberes del servidor público, siempre un cuando el disciplinado tenga la capacidad de vencer el error y no lo haya hecho. Dijo el Procurador:

Desde aquí, el despacho tiene que ser enfático en manifestar que el derecho disciplinario descansa sobre un pilar fundamental, las relaciones especiales de sujeción, que no es otra cosa que la atadura de quien ostenta la calidad de servidor público con el Estado, lo que demanda de aquél cumplir son su deber funcional y abstenerse de extralimitarse u omitir el acatamiento de sus deberes. [...] Se concluye, entonces, que la conducta constitutiva de la falta disciplinaria contenida en el inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 del Código Disciplinario Único, sí resultó sustancialmente ilícita, por desatender principios como la transparencia, la igualdad, la imparcialidad que son propios de un Estado democrático y cuya regla que los desarrolla es precisamente el tipo disciplinario en blanco infringido que remite a una inhabilidad contenida en la misma Constitución Política de Colombia.

Se ve como expresa claramente el Procurador que desatender los principios consagrados para la función pública desde la Constitución Política de Colombia, es una clara evidencia de violar el deber funcional que le es encargado al servidor público, cumplir las normas constitucionales son el mayor deber de los funcionarios del Estado. Desvirtúa el fallador la afirmación de la defensa que los Concejales al elegir de la terna enviada por los Tribunales, cumplieron con su deber funcional de elegir al Contralor municipal, dado que el principal deber de estos no es elegir a ciegas, sino verificar que se cumplan los mandatos legales y constitucionales.

5.2. Proceso con radicado 2006 – 277830.

Con sentencia del 11 de enero de 2011

En este caso se trata de un fallo de segunda instancia donde el Procurador revisa la apelación presenta por el gobernador y el secretario de hacienda de un departamento de Colombia. Se les investigó por presuntas irregularidades en la celebración de un contrato de publicidad

al haberse efectuado mediante el trámite de contratación directa. La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal profirió fallo de primera instancia, mediante el cual encontró disciplinariamente responsables a los investigados, por encontrar que no cumplieron con los requisitos legales para celebrar ese proceso de contratación y así violaron sustancialmente sus funciones.

En la segunda instancia en el acápite donde se analiza la ilicitud sustancial de la conducta de los investigados, primero se narra que estos argumentaron que el fallador de primera instancia no hizo un análisis de la ilicitud sustancial de la conducta de los disciplinados y por tanto no se cumplió con uno de los requisitos que es demostrar que la conducta de la persona afectó las funciones que le eran propias. Además indican que la conducta de los investigados no afectó el servicio, ni el patrimonio, y el buen nombre de la institución. Pero el Procurador indica que:

Frente al elemento de la ilicitud -o antijuridicidad- sustancial, es dable sostener que con el comportamiento desplegado, además de haberse vulnerado un principio que regula la contratación estatal, se desconoció un principio que garantiza la función pública, pues la «transparencia», como principio, tiene una doble ubicación, tanto en un campo restringido como lo es la contratación estatal como en un ámbito más amplio como lo es el ejercicio de la función pública. [...]deber funcional», debe tenerse en cuenta que éste concepto es omnicomprensivo y, en consecuencia, aquél abarca el cumplimiento del catálogo de deberes propiamente dichos, el no incurrir en prohibiciones, no extranslimitarse en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, hipótesis que individualmente son constitutivas de falta disciplinaria, en los términos fijados por el Artículo 23 del Código Disciplinario Único. [...] Aquí conviene recordar que el fundamento de la estructura de la responsabilidad en el derecho disciplinario está edificada en el concepto de la infracción sustancial de los deberes funcionales, aspecto que en la teoría de la norma, se reconduce a la infracción de las normas subjetivas de determinación a las que están obligados los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por lo que basta únicamente la comprobación del desvalor de acción, sin que sea necesario la comprobación de un desvalor de resultado. En ese sentido, el desvalor de acción, desde luego entendido cuando ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, es el único presupuesto para estimar cumplida la realización del ilícito disciplinario. Si en el presente caso se demostró

que con la conducta de los disciplinados se desconoció el principio de transparencia, por haber transgredido una regla que lo desarrollaba, no tiene ninguna incidencia demostrar que otros principios como el de eficiencia y economía.”

Se puede denotar acá, como desde el máximo rector del órgano preferente del control disciplinario en Colombia se describe como un servidor público vulnera sus deberes funcionales en las actuaciones, es así como cuando en el caso pasado los Concejales eligieron una persona inhabilitada, o cuando se incumple el inventario de funciones o cuando se extralimitan en las funciones.

5.3. Proceso con radicado 154-161411-2007, con sentencia de segunda instancia del 21 de enero de 2010

En este caso, el Procurador General, decide la segunda instancia de un proceso adelanta contra el Director de Desarrollo Administrativo de un municipio de Colombia, este servidor público fue objeto de investigación porque realizó la conducta conocida como división ilegal de contratos. La Viceprocuraduría General la Nación realizó la primera instancia y lo encontró disciplinariamente responsable por cuanto realizó 2002, por haber participado en la actividad contractual desconociendo los principios de transparencia y economía que la regulan, con los que a su vez causó detrimento al patrimonio público. En la segunda instancia el Procurador hizo énfasis en que conocimiento del deber de ajustarse a los principios constitucionales y legales. En este caso se hizo hincapié que para que opere la causal de exclusión de responsabilidad es indispensable que el servidor del Estado en su proceder debe tener un pensamiento insuperable que como actuaba era la forma correcta, pero en el caso concreto no se demuestra que aquel hubiera tenido duda alguna de cómo debía actuar, ni que hubiera consultado para determinar si era correcto su actuar, por el contrario preparó todo lo necesario para llevar a cabo las actuaciones calificadas como irregulares, calculó el valor de los contratos, no atendiendo los precios del mercado ni la prestación objeto de los contratos, sino que se aseguró de que no sobrepasaran la menor cuantía, para hacer la adjudicación de los negocios jurídicos a su antojo, desconociendo los procedimientos de selección del contratista, incumpliendo el deber de selección objetiva y se sustrajo al cumplimiento

de los requisitos previos a la contratación estatal. Así las cosas, se concluye que no existió error que pueda excusar la conducta del implicado o atenuar su responsabilidad, pues era conocedor de sus deberes y de las consecuencias por infracción de los mismos. Esto quiere decir, que todo servidor del Estado está en la obligación de conocer los principios constitucionales que rigen su labor, ya que constituyen el pilar de los deberes funcionales que ha de cumplir.

6. CONCLUSIONES

Con las anteriores reflexiones lo que se busca es darle un nuevo enfoque que debe acompañar la labor diario del funcionario disciplinario, en procura de no perder el horizonte al que debe apuntar esta rama del derecho: la preservación del valor justicia.

El interés de aquellos que cada día están al servicio y estudio del derecho disciplinario tendrá que acrecentarse de tal manera que permita una mejor comprensión de esta disciplina. No obstante, en esa no fácil tarea, nunca deberá perderse el objetivo de preservar el valor de la justicia cuando de tomar decisiones disciplinarias se trata. Si el camino que conduce lo anterior objetivo se encuentra rodeado de laderas que conduzcan a teorizaciones que contravengan la realización del valor justicia, ellas tendrán que esquivarse a toda costa, pues de lo contrario, se caería indefectiblemente en los terrenos de responsabilidad objetiva. El buen funcionamiento y adecuada aplicación del derecho disciplinario son necesarios para el encauzamiento efectivo de la conducta de los agentes del Estado. Sin embargo, una decisión que se aparte de los postulados antedichos de nada servirá, dado que tarde que temprano, los jueces administrativos o constitucionales terminarán reivindicando los derechos de quien fue disciplinado en esas condiciones.

El análisis que se hace con las anteriores posturas, es no olvidar que el derecho disciplinario, como expresión del derecho sancionador del Estado, debe corresponder a los fines y objetivos impuestos por el ordenamiento constitucional. Haciendo una interpretación de la sentencia C-818 del 9 de agosto del 2005, (M.P. Rodrigo Escobar Gil) donde se expresa básicamente que para la aplicación del Artículo 48-31 de la Ley 734 del 2002, el operador disciplinario, entre otras

cosas, debe especificar si la conducta atribuida se ajusta al principio de anti juridicidad material o lesividad reconocida por el legislador. La sentencia apunta a que esa falta allí consagrada no necesariamente debe considerarse como gravísima, sino que el juez disciplinario debe hacer una ponderación para determinar si la conducta produjo cierta cantidad o no, de daño a la bien jurídico protegido, pudiendo analizar que tal interpretación; por una parte rompe el principio de legalidad que fija de forma expresa que las faltas del Artículo 48 del Código Disciplinario Único, son gravísimas, pues posibilita calificar esas faltas como graves o leves conforme al detrimento material producido en el comportamiento. Desde antaño el derecho disciplinario ha encontrado en el concepto de ilicitud sustancial las bases para sostener su naturaleza autónoma, e independencia del derecho penal y de los demás derechos sancionatorios. Volver a fundamentar la atribución de responsabilidad disciplinaria en el concepto de vulneración o quebrantamiento de bienes jurídicos, es elevar el derecho disciplinario en el concepto de vulneración o quebrantamiento de bienes jurídicos llevarlo a criterios penales que le son extraños y que se oponen a su autonomía. Con ello se podría decir que se está penalizando en grado sumo a esta disciplina, produciendo en consecuencia una confusión que podría dar lugar a predicar que una sanción penal podría excluir la disciplina por violación al principio de prohibición de la doble incriminación, pues las dos perseguirían la misma finalidad. No se puede pasar por alto que la finalidad del derecho disciplinario es encauzar la conducta de los servidores públicos para el cabal funcionamiento del Estado. De esa manera la sanción disciplinaria se impondrá como un mecanismo preventivo y corrector, garantizando con ello una prestación eficiente del servicio. Ello es así por cuanto el fundamento del derecho disciplinario está en la relación de sujeción especial, es decir, el servidor público tiene unos especiales deberes para con el Estado, que devienen del ejercicio de la función pública, ellos implican que lo relevante sea la conducta valorada en interferencia con la función oficial. El Derecho Disciplinario no impone el deber por el deber, tampoco reprocha la afectación material o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino que sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización, implique la afectación sustancial de sus deberes. La ilicitud sustancial como principio básico traducido en categoría, comporta en el Estado Social Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esta manera realizar la

misión de esta forma de Estado, que la conducta sometida al juicio valorativo de este derecho sancionatorio implique no sólo la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino y sobre todo, la razón de ser ese deber. La conducta que es objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. De ahí que la imputación disciplinaria desvalore la infracción de los deberes funcionales que le competen al servidor público. Más no entran en su campo la afectación material de derechos o de bienes jurídicos, cuyo campo es de competencia restrictiva del derecho penal.

Como última conclusión se puede decir que, uno de los dispositivos necesarios para establecer la estructura de la responsabilidad disciplinaria es la ilicitud disciplinaria, categoría que a su vez contiene tres unidades, a saber: la ilicitud sustancial, el deber funcional y la inexistencia de una causal de justificación. Cuando se entra a analizar dentro de un fallo la ilicitud disciplinaria lo primero que debe hacer el encargado es demostrar que esa conducta es contra las normas, eso quiere decir sustancialmente que se vulnera la sustancia de lo que debe hacer un servidor del Estado, si quiere emitir un juicio de responsabilidad. Consecutivamente debe analizar cuáles eran los deberes funcionales de esa persona y si con la conducta no se cumplieron o se extralimitó en lo que le era permitido, para posteriormente determinar que esa persona no obró amparado en las causales de justificación determinadas, porque si así lo hizo, se debe regresar a decir que no existe ilicitud sustancial ya que hizo que prevaleciera un derecho de mayor importancia que es lo que se quiere en últimas con las causales de justificación de las conductas.

REFERENCIAS

CLAVIJO RAMÍREZ, S. (2006). El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria. Línea jurisprudencial. En P. G. Nación, *Lecciones de Derecho Disciplinario* (Vol. I, Pág. 39). Bogotá: Imprenta Nacional.

CONSEJO DE ESTADO, sentencia 0506-08, 0506-08 (Consejo de Estado sección segunda 26 de noviembre de 2009).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia 680011102000200600296 02, del 16 de marzo de 2011).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-341, (Corte Constitucional 5 de agosto de 1996).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-597, (Corte Constitucional 6 de noviembre De 1996).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358, (Corte Constitucional 5 de agosto De 1997).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-984, (Corte Constitucional 13 de noviembre de 2002).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1076, (Corte Constitucional 5 de diciembre de 2002).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-431, (Corte Constitucional 6 de mayo de 2004).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-735, (Corte Constitucional 5 de agosto de 2004).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-819, (Corte Constitucional 4 De Octubre De 2006).

FERRAJOLI, L. (2002). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2006). Ilícitud Sustancial. En P. G. Nación, Lecciones de Derecho Disciplinario (Vol. I, Pág. 17). Bogotá: Imprenta Nacional.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. E. (2007). Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GUTIÉRREZ VELASCO, M., Fernández Delgado, M. Á., Soberanes Fernández, J. L., Vázquez Alfaro, J. L., Martínez Bullé Goyri, V. M., Carmona Lara, M. D., y otros. (20 de octubre de 1994).

ISAZA SERRANO, C. M. (2009). Teoría General del Derecho Disciplinario. en C. M. Isaza Serrano, Teoría General del Derecho Disciplinario (Pág. 448). Bogotá: Temis.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Fallo Disciplinario 2010 - 377993 (Procuraduría General de la Nación 2010).

VILLEY, M. (1979). Compendio de Filosofía del Derecho. Pamplona: Universidad de Navarra.

YOUNES MORENO, D. (2006). Derecho Constitucional Colombiano (octava Edición Ed.). Bogotá: Ibañez.

WEBGRAFÍA:

CÓDIGO ÉTICO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. (I. D. UNAM, Ed.) Recuperado el 25 de Agosto de 2010, de BIBLIOTECAS JURÍDICAS: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=907>.

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>. Recuperado el 9 de SEPTIEMBRE de 2011, de DERECHO Y CAMBIO SOCIAL: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>

PINILLA PINILLA, N. (1990). Fundamentos del derecho administrativo sancionatorio. Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, 86. Recuperado de sitio web: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Illicitud-Sustancial/1119296.html>. (s.f.). Recuperado el 27 de agosto de 2011, de <http://www.buenastareas.com/ensayos/Illicitud-Sustancial/1119296.html>

DE LA MATRIZ ESTADOCÉNTRICA A LA MATRIZ JUSTICIOCÉNTRICA: UN CAMBIO PARA MEJORAR LA ESTRUCTURA SOCIAL N EL ESTADO – NACIÓN

Diego Javier Mesa Rada*

Introducción: • ¿Cuál es entonces la solución? • El papel del juez en la matriz justiciocéntrica • Bibliografía.

* Abogado egresado de la Universidad Libre de Pereira, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y estudiante regular de los cursos de Doctorado en Derecho con Énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires – Argentina; cuenta con el título de Conciliador en Derecho, además de haber realizado Diplomados en Pedagogía Universitaria y en Didáctica, Currículo y Evaluación.

Su intachable hoja de vida como docente universitario refleja la seriedad y honestidad, así como el compromiso ético y social, con que ha ejercido esta vocación durante más de 7 años, especialmente en las áreas del Derecho Privado y Derecho Procesal; áreas donde, además, se ha desempeñado exitosamente como litigante y asesor durante más de 8 años.

Como investigador ha logrado obtener publicaciones en la República Argentina y ha participado como ponente en diversos eventos en la República de Colombia.

Uno de los elementos donde reposa la mayor legitimidad de los Estados de Derecho modernos, está constituido por la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre particulares. (HERRERA MERCADO, 2002)

INTRODUCCIÓN

Al analizar la diversidad de los sistemas culturales (PARSONS & SHILS A., 1990) existentes se observa como cada uno de ellos se encuentra permeado por sus propios valores y, por ende, resulta complicado llegar a establecer puntos de encuentro a la luz de la estructura social en cada estado-nación, así como conocer cuáles son los valores comunes dentro de esa estructura (PARSONS & SHILS A., 1990), al menos en esta época de “redimensionamiento del espacio” y “descomposición del tiempo” (ESCOBAR ESCOBAR, 2007) o era Pos-Moderna, según lo expuesto por Boaventura de Sousa Santos (DE SOUSA SANTOS, 1990). A efectos de ejemplificar esta situación se propone el siguiente esquema:



Fig. 1^{1*}

Ahora, el debilitamiento del estado-nación [definido, este último, desde el concepto tradicional y también desde el esquema propuesto] y, por ende, el fracaso de las instituciones, está atado a la impotencia política del estado-nación para desempeñarse y ejercer como centro representativo donde confluyan los órganos sociales comunes a la estructura (MENDEZ, 2003); resulta fácil concluir que circunstancias como esas son efectos ocasionados, entre otras causas, por: la globalización vía sociedad de mercado y medios de comunicación (ESCOBAR ESCOBAR, 2007), la fragmentación territorial reflejada en las fronteras y en la fragmentación de las identidades nacionales (ESCOBAR ESCOBAR, 2007) y, de igual forma, por el desgaste de la denominada, por Marcelo Cavarozzi, como “matriz estadocéntrica”² (CAVAROZZI, El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina, 1996); pero más que eso y se debe resaltar: **por la pérdida de credibilidad en las ramas del poder público** en aquellos estados-nación donde existe una división tripartita, lo que se ve reflejado, mayormente, en las ramas donde hay una fuerte ascendencia democrática, valga decir ejecutivo y legislativo, más que en la restante, es decir la judicial (VARGAS VIANCOS, 2000), aunque ésta no se salva (GALLUP COLOMBIA LTDA., 2014), tal y “Como lo expresó Hernán Echavarría Olózaga en el nutrido homenaje que se le atribuyó en Bogotá, las tres ramas del poder público están moral y materialmente aniquiladas” (CALDAS, 1996).

-
- 1 El esquema presentado consta de seis pétalos, sin embargo, es posible establecer tantos pétalos como sistemas sociales existan. A efectos del presente escrito se mencionan algunos a manera de ejemplo y su elección o la de algún otro, en nada afecta lo propuesto a lo largo del documento. Cada pétalo, es decir, cada sistema social, está irrigado por sus propios valores según su ideología, religión y contexto cultural, etc. En el centro de la flor hay un círculo donde confluyen todos los pétalos a manera de punto de encuentro de los diferentes sistemas sociales. Este punto de encuentro está compuesto por unos “principios comunes a los sistemas sociales”, es decir, unos “principios valores mínimos para todos los sistemas”. En las aristas encontramos en la actualidad “Temor y fuerza del Estado” que es, entre otras cosas un elemento estructural de cada sistema, que incluso lo diferencia de los otros y, por demás, lo ayuda a sostenerse. Sin embargo, ese “temor y fuerza debe ser cambiado por “Educación y justicia” a fin de mejorar los sistemas sociales desde sus órganos, fortaleciendo así sus estructuras y mejorando los niveles de confianza en estos.
- 2 “El concepto matriz estado céntrica (en adelante MEC) hacer referencia al patrón de relación que en América Latina se da entre el Estado, la Sociedad y el mercado durante la vigencia del modelo económico desarrollista” (CAVAROZZI, 1996) citado por (ESCOBAR ESCOBAR, 2007)

Esta pérdida de credibilidad ha llevado a que se popularice la entrega a los particulares de funciones propias de la rama judicial del poder público, una especie de «justicia privada» precisamente para contraponerla a la justicia «del Estado» (TARUFFO, 1999)”, lo que se ha hecho a través de los *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, mecanismos que no son nuevos y su existencia no resultaría problemática sino fuera por su multiplicación a niveles exponenciales en la medida que se crea una nociva idea, “según la cual ellos serían ya los «verdaderos» modos para resolver controversias, mientras la justicia pública debería ser relegada a un rol secundario y residual” (TARUFFO, 1999).

Sin embargo, ello tampoco es una solución al desgaste de la matriz estadocéntrica ni a los problemas a los cuales se ven enfrentadas las ramas del poder público, por cuanto, al igual que pasa con la Rama Judicial, los ADR tienen sus propios problemas tales como vaguedad, variabilidad e imprecisión de sus formas, alta onerosidad (TARUFFO, 1999), falta de garantías a la imparcialidad (TARUFFO, 1999), el debilitamiento de su credibilidad (REVISTA SEMANA, 2014), entre otros.

¿CUÁL ES ENTONCES LA SOLUCIÓN?

Cómo se sabe ya, no existen fórmulas mágicas para solucionar el problema del debilitamiento del estado-nación, el del fracaso de sus instituciones y, ni siquiera, el de la Rama Judicial. Teniendo esto en cuenta, se plantean, las siguientes preguntas a las que tratará de darse respuesta en las líneas siguientes: ¿Qué hacer entonces con la matriz estadocéntrica?, ¿Qué hacer con el estado-nación? y, de paso, ¿Cómo solucionar los problemas a que se ve abocada la Rama Judicial?

Cavarozzi presenta las respuestas a las dos primeras de estas preguntas en tres ítems, así: “Para decirlo muy brutalmente y esquemáticamente: recuperación del sentido de la democracia, reforma del estado -no achicamiento del Estado- y, por otro lado, reforzamiento de la sociedad civil (CAVAROZZI, El proceso de democratización en

México, 1997).”; mientras que Taruffo responde a la tercera pregunta, al menos para el caso de la justicia civil, expresando que “el problema no es realizar vagas elecciones ideológicas entre lo «público» y lo «privado»,” (TARUFFO, 1999) sino encontrar la forma de “construir procesos civiles racionalmente organizados, accesibles a todos, rápidos y poco costosos, efectivos y funcionales en la tutela de los derechos, y además se dispusiera de jueces capaces y preparados...” (TARUFFO, 1999) e incluso, manifiesta, se puede llegar a preferir “eventualmente lo «privado» pero sólo sobre la base de valoraciones concretas y realistas sobre la oportunidad de uno u otro método de ADR” (TARUFFO, 1999).

Todas estas afirmaciones parecen apropiadas, sin embargo, se difiere de ellas, no por cuanto el desarrollo de los tres ítems, de la forma como los presenta Cavarozzi (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997) o el ideal expuesto por Taruffo (TARUFFO, 1999), no sean plausibles e incluso adecuados, sino por cuanto no parecen suficientes para dar solución a los problemas planteados. Analícese como, la solución expuesta por Cavarozzi cimienta sus bases en una reconstrucción de la Matriz estadocéntrica y no en un cambio de la misma, mientras la de Taruffo no es, en general, una propuesta dirigida a resolver los inconvenientes propios de la Rama Judicial, en la medida que está restringida a la justicia civil. Es decir, ni el logro de los tres ítems de Cavarozzi ni la realización de lo expuesto por Taruffo, alcanzarían para lograr dar una solución completa.

A fin de dar un remedio de fondo al asunto, se propone, entonces, un cambio de matriz hacia una que permita el desarrollo adecuado de los órganos sociales y, desde allí, el fortalecimiento de la estructura social, del sistema social, todo como reflejo de la realidad y no, como ha ocurrido hasta ahora, en vigencia de la matriz estadocéntrica, donde se espera que tal desarrollo y fortalecimiento sea fruto de la imposición del orden, así el orden esté lejos de una realidad social adecuada o al menos soportable para todos los órganos sociales que hacen parte de la estructura. Esto resulta fácil de entender cuando se analizan con detenimiento algunos síntomas de inconformidad con el sistema, a título de fenómenos sociales, como por ejemplo:

a) el ocurrido en las elecciones para diputado federal en Brasil de fecha 3 de octubre de 2010, donde el payaso Tiririca (su nombre de pila es Francisco Everardo Oliveira Silva) obtuvo la no despreciable suma de 1,35 millones de votos siendo la mayor votación para estas elecciones (CEPEDA GÓMEZ, 2010), b) el del conocido concejal lustrabotas (su nombre de pila es Luis Díaz Chaparro) en Bogotá Colombia quien en las elecciones del año 2000 obtuvo más de 17.000 votos siendo la cuarta votación en ese entonces (ANSA - AFP, 2000); c) la crisis de la Justicia Civil (TARUFFO, 1999) y, para el caso de la República de Colombia, la pérdida de credibilidad en la Justicia, pese a los cambios introducidos en los últimos años en pro de mejorarla (GALLUP COLOMBIA LTDA., 2014); d) la misma “privatización de la justicia” y todos sus inconvenientes, cuestión sobre la que ya se habló en este documento, entre otros.

Bajo estos parámetros se propone una matriz donde “el derecho”, como medio de control social, visto desde la óptica de Parsons y Bales (PARSONS & BALES, Family socialization and interaction process, 1956) o desde la misma sociología jurídica (DAVID, 1980), debe responder a estos acontecimientos, fortaleciendo las instituciones a fin de llevar los principios valores a convertirse en máximos sociales respetados, ya no por el temor o la fuerza que pueda aplicar el estado-nación³, sino por cuanto son fiel reflejo del espacio político, ideológico y religioso donde todos caben (es decir, donde tales normas son, con las decisiones del Juez y el apoyo de los ADR, el fiel reflejo de la realidad social). Esto se trata, desde luego, de la forma de generar un espacio-tiempo adecuado para la fortalecer la estructura social y los órganos que la componen, a tal punto que la nueva matriz denominada “Justiciocéntrica” pueda lograr el objetivo descargado sobre sus hombros: establecer en la realidad social, sin importar las diferencias culturales de los distintos sistemas políticos, ideológicos y religiosos, e incluso de los diferentes marcos legales, unos principios valores mínimos que, convertidos en máximos sociales a través de la intervención del Juez [quien como eje de la matriz transforma con

3 Recordando a BONAPARTE, Napoleón: “Sólo hay dos palancas que muevan a los hombres: el miedo y el interés”.

sus decisiones la sociedad por cuanto educa y mantiene equilibrada la balanza entre sus miembros y entre estos y las instituciones del Estado (fortaleciendo estas últimas)] y el apoyo de los ADR, generen una estructura social recompuesta y más justa para todos. Pero ello no sucederá de la noche a la mañana y, además, sólo se logrará si los procesos adelantados por estos jueces (quienes deben ser capaces y preparados) están, como dice Taruffo, racionalmente organizados y son, además, accesibles a todos, rápidos y poco costosos, efectivos y funcionales en la tutela de los derechos y, si se encuentran acompañados, también, de métodos de ADR, concretamente valorados y debidamente regulados con base en sus oportunidades para ser efectivos y eficientes.

En este orden de ideas, es posible observar como la propuesta se diferencia de lo expuesto por Cavarozzi en su matriz estadocéntrica, recostando el equilibrio estatal en los jueces y sus decisiones (matriz justiciocéntrica) y, asimismo, difiere de la solución de Taruffo, por cuanto, además de generalizarla, en esta propuesta no se está de acuerdo en preferir “eventualmente” la privatización de la justicia.

Una circunstancia adicional a tener en cuenta, es como en la matriz estadocéntrica, al menos en los sistemas presidencialistas latinoamericanos, el poder está mayormente recostado en el ejecutivo, debido al fenómeno de “la preponderancia presidencial”, mismo que conlleva, en ocasiones “a los extremos de la dictadura y en otras oportunidades equivale a un acentuado predominio del poder ejecutivo sobre los otros dos poderes...” (CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sentencia C-141, 2010) alterando así el equilibrio entre los poderes (CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sentencia C-141, 2010). Esta posibilidad lleva a pensar en la necesidad de establecer formas adecuadas de control en la matriz justiciocéntrica, al igual que las que existen para el ejecutivo y el legislativo (CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sentencia C-141, 2010) y, según parece a criterio de quien aquí escribe, una forma de control y tal vez la más importante en la matriz justiciocéntrica sería vencer el subjetivismo (FABRA ZAMORA, 2008) en la Administración de Justicia o mejor,

lograr objetivarlo de manera que permita a los jueces entregar en sus sentencias respuestas acordes con la realidad social y congruentes con el sistema y no aquellas, como muchas de las emitidas en la actualidad, salidas de contexto y sin eco en la sociedad civil debido a que mayoría de las veces ni siquiera comprende el fondo o el por qué de tales decisiones y por lo tanto terminan los fallos necesitando de la fuerza del Estado para hacerse efectivos (Ello no quiere decir que en la matriz justiciocéntrica no se requiera la fuerza del Estado para hacer cumplir ciertas decisiones, pero se espera que sea la excepción y no la regla general, como ocurre actualmente), recuérdese que los valores sociales son, según Rawls y Kant, producto del entendimiento humano e incluso, como afirma el primero de ellos, de un sentimiento de corazón (VETHENCOURT, 1998).

Se puede definir, entonces, i) la matriz “justiciocéntrica” como: “Un patrón de relación –expresión usada por Cavarozzi y Escobar (CAVAROZZI, El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina, 1996 citado por ESCOBAR ESCOBAR, 2007)– donde los principios valores mínimos convertidos en máximos sociales, por medio de las decisiones del Juez, generan un lugar de encuentro adecuado para todos los órganos sociales y, como consecuencia, es un punto de apoyo para el fortalecimiento de la estructura social con su correspondiente redundancia en el mejoramiento del sistema social”. Así, como también es posible señalar: ii) que el principal problema del centro de la matriz (el Juez) radica en el subjetivismo y en la ausencia de controles por parte de las otras ramas del poder público, así lo afirma Carrillo Flórez en su texto publicado por la Organización de los Estados Americanos:

Los embates persistentes de quienes, atrincherados desde el poder político, desean continuar una tradición de sujeción de la instancia judicial a los otros poderes del Estado, ha llevado a “blindar” a los poderes judiciales frente a la acción de las otras funciones públicas. Desde ese ángulo, para el caso de las democracias en transición como es la situación de buena parte de los países de la América Latina, la independencia del Poder Judicial puede llegar a ser malentendida y peor utilizada. Por una parte puede significar una patente de corso para sumir en el aislamiento a la función judicial y, por otra, puede levantar obstáculos a la armonía en las relaciones entre los poderes públicos. (CARRILLO FLÓREZ, 2001)

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA MATRIZ JUSTICIOCÉNTRICA

Regresando un poco y con la intención de mostrar como, por intermedio del Derecho en su calidad de medio de control social y de las decisiones de los Jueces siendo la base del equilibrio estatal, se pueden lograr, no sólo los tres ítems expuestos por Cavarozzi (CAVAROZZI, El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina, 1996), sino también el cumplimiento de las demás tareas, por así decirlo, asignadas al mismo Juez en consecuencia al cambio de la matriz estadocéntrica por la matriz justiciocéntrica, se hacen los siguientes señalamientos, no sin antes acotar que entre esas tareas asignadas al Juez deben estar, entre otras, la de educar y equilibrar la estructura social al desarrollar y argumentar, adecuadamente, con sus decisiones, el derecho (REVISTA PERSPECTIVA, 2010).

El primer ítem mencionado por Cavarozzi es la recuperación del sentido de la democracia y señala que implica revertir el proceso “de erosión de la capacidad del Estado para hacer respetar los derechos humanos” (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997), los cuales son “derechos mínimos, vinculados a la vigencia de la democracia” (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997), en este sentido no cabe duda que el papel de los jueces es preponderante, pues por intermedio de sus decisiones el establecimiento de los principios valores mínimos que, convertidos en máximos sociales lleven al respeto de la dignidad humana y los demás derechos humanos y por ende, a mejorar el bienestar en el sistema social sin importar las diferencias culturales de los distintos sistemas políticos, ideológicos y religiosos, e incluso de los diferentes marcos legales, por cuanto todos los sistemas sociales estarán yendo hacia el mismo lado, el centro de la estructura (ver fig. 1).

El segundo ítem tiene que ver con la reforma del estado y, como bien lo aclara, no su achicamiento (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997), pudiendo resumirlo en: a) eliminación de la corrupción estatal y propender por la transparencia y la eficiencia en el manejo del estado y b) generar dentro de los órganos sociales una clase de funcionarios estatales de calidad, subordinados al orden político y, además, en sus

palabras, bien pagados (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997). Sin embargo, como crítica, se puede decir que tal ítem es imposible de ser alcanzado desde la matriz estadocéntrica dado que la mayoría de los empleados estatales están mal pagos y requieren mejores condiciones para ser menos proclives a la corrupción y, es un hecho notorio, la mayoría de Estados no cuenta con los recursos suficientes para lograrlo. Además, mejorar los salarios de los empleados públicos no es garantía, por cuanto se han presentado, incluso, escándalos de corrupción en los Tribunales de Arbitramento, ADR costoso y, donde no cabe duda alguna, que sus miembros están muy bien pagos (EL TIEMPO, 2015). ¿Cómo sacar entonces la corrupción de las ramas del poder público (recordando que ni siquiera la rama judicial o los ADR son inmunes a este fenómeno)? y más aun ¿como eliminar la corrupción de los órganos que forman la estructura a fin de hacer más eficiente el sistema social?, estas preguntas fundamentales para gestar el cambio y no fueron resueltas ni por Cavarozzi ni por Taruffo, al menos no en los materiales bibliográficos analizados, así como tampoco, según se ha mostrado en este escrito han sido resueltas por la matriz estadocéntrica durante su vigencia. ¿Qué hacer al respecto?

La respuesta se puede encontrar volteando la vista hacia la matriz justiciocéntrica y, de nuevo, al papel del Juez como eje de la misma, eso sí, teniendo cuidado, ya pues se ha aceptado, también, como la Rama Judicial y los ADR, pueden sucumbir a la corrupción (CABRERA GALVIS, 2013).

Para lograr esto se debe en primer lugar superar la corrupción de la Rama Judicial del poder público, de forma tal que los jueces sean eficientes, transparentes, incorruptibles (en la medida de lo humanamente posible) y, por si eso fuera poco, bien pagos; pero además, ya que puede existir la tentación, deben ser controlados adecuadamente en sus decisiones. Pero, ¿cómo depurar la rama judicial del poder público?. La respuesta es: cambiando el sistema de elección de los miembros de esa rama (ahora se estarán preguntado ¿por qué si es tan fácil no se extiende esta solución a las otras ramas del poder público? y la respuesta también es sencilla: porque con que se haga con la rama judicial del poder público y, con que los jueces desempeñen adecuadamente su papel dentro de la estructura, es suficiente para cambiar lo que acontece en las otras dos dada su

interrelación (REVISTA PERSPECTIVA, 2010), ya que al cambiar su forma de elección y establecer un perfil adecuado para el personal de la rama judicial, todo ello según sus funciones, se puede lograr control, transparencia y eficiencia de la misma.

Sobre ello no se dirá mucho en el presente escrito, dado lo complejo y significativo de una construcción más amplia y mejor sustentada al respecto, de cualquier forma se deja, humildemente a consideración el esbozo de la idea, a fin que la misma pueda ser desarrollada en una ulterior oportunidad, señalando sobre ella que parece operar bastante bien, al menos respecto de los jueces, la fórmula para elegir magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (Supreme Court of the United States). Este mecanismo ha logrado ser tan eficiente que ni siquiera, en la actualidad, ha logrado ser permeado (del todo) por la influencia de los medios de comunicación (DAVIS, 2014) –resulta obvio, debido a la importancia de los medios de comunicación en la contemporaneidad, que esta circunstancia debe someterse a un detenido estudio en la matriz justiciocéntrica-.

Con todo y lo anterior, si se quiere una posibilidad más extrema, se propone la elección democrática de jueces en cada uno de los circuitos judiciales, se haría mediante votación popular y de ternas enviadas por el ejecutivo y el legislativo del correspondiente ente territorial o entes territoriales a los que pertenezca el circuito (esto depende mucho de la conformación interna de cada estado-nación), estas ternas deben ser extraídas, eso sí, de un listado de elegibles donde se encuentren únicamente los más meritorios individuos, quienes luego de haber pasado un estricto concurso de méritos, haber superado pruebas psicotécnicas y demostrado su conocimiento, tanto general del derecho como de su área específica, al igual que del derecho procesal, estarán listos para aportarle a la justicia en un nombramiento vitalicio (o al menos con un periodo extenso -superior a los 15 años-), siempre con posibilidades de renunciar y, eso sí, con una retribución y unos beneficios adecuados a la calidad, dificultad, laboriosidad y dignidad de sus cargos.

Estos cambios, se piensa, darían resultados en dos frentes, el primero de forma directa, por cuanto, los fallos emitidos por jueces elegidos

bajo esta forma i) probablemente tengan una mayor repercusión social como fruto de una mayor legitimidad proveniente de su forma de elección, a tiempo que ii) se garantiza la calidad en sus decisiones y en el desempeño de sus labores; recuérdese como en el sector privado son los procesos de selección de personal -totalmente operantes en el mundo globalizado- han entregado a los mejores y los más aptos para operar en determinada función (LLANOS RETE, 2005); el segundo, de forma indirecta, ya que, al bajar la impunidad y mejorar la credibilidad en la rama judicial del poder público, se fortalecen las instituciones, se desintoxica el viejo mal de la corrupción y mejora la satisfacción respecto de las otras dos ramas del poder público, a tiempo que se educa a los órganos de la estructura en la necesidad de respetar el sistema y propender, en la medida de sus posibilidades y con el impulso de cada uno de sus actos, por su mejoramiento. Además, con ello se logra dar solución al tercer ítem planteado por Cavarozzi, el reforzamiento de la sociedad civil (CAVAROZZI, El proceso de democratización en México, 1997), agregando que si la realidad social cambia y con ella se mejora y se fortalecen tanto, los órganos como la estructura, esto redundará en el mejoramiento del sistema social.

Se es consciente que ello por sí mismo tal vez no baste, pues se deben estudiar otras coadyuvantes para que los nuevos jueces no caigan en el mismo círculo vicioso en que se encuentra el aparato judicial en este momento (VARGAS VIANCOS, 2000) y así, como también se debe profundizar en las circunstancias de los ADR, pero por lo menos, con esta propuesta, se pretende dejar un punto de partida para iniciar un cambio en lo expuesto.

Por último se recuerda que uno de los puntos álgidos del asunto es la forma de objetivar las decisiones de los jueces, circunstancia a la que por falta de espacio y tiempo no se hará referencia en este escrito, pero que se espera se pueda profundizar en una próxima oportunidad, dejando claro eso sí, que leyes no son postulados matemáticos que funcionan como una ecuación perfecta para cada caso concreto, pues de ser así tendríamos un computador a quien darle las variables del caso y que nos diera un resultado en minutos o segundos con el mismo resultado siempre a la mismas variables y que esta es la razón por la cual se debe

tener en cuenta que el juez, por más que los casos tengan similitudes, tiene siempre la posibilidad de encontrar, respecto de las partes y de la sociedad, la mejor solución posible, es decir la más justa, teniendo a la mano y pudiendo usar las herramientas necesarias para que sus decisiones estén dentro del marco de una matriz justiciocéntrica.

BIBLIOGRAFÍA

ANSA - AFP. (31 de 10 de 2000). Ganadores y perdedores de municipales colombianas. La República - Uruguay. Recuperado el 6 de 08 de 2015, de http://www.lr21.com.uy/mundo/26758-un-lustrabotas-un-ciego-y-una-actriz?utm_source=redirects&utm_medium=www.larepublica.com.uy&utm_campaign=301_Redirects

CABRERA GALVIS, M. (12 de 05 de 2013). El carrusel judicial. El país.com.co. Obtenido de <http://www.elpais.com.co/elpais/opinion/columna/mauricio-cabrera-galvis/carrusel-judicial>

CALDAS, T. L. (1996). ¿Qué hacer? Revista Ciencia Política(43), 88.

CARRILLO FLÓREZ, F. (2001). Los retos de la reforma a la justicia en América Latina. Washington: Departamento de Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos.

CAVAROZZI, M. (1996). El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina. Rosario: Homo Sapiens Ediciones.

CAVAROZZI, M. (1997). El proceso de democratización en México. El proceso de democratización en México. Versión estenográfica de la conferencia magistral ofrecida por el Dr. Marcelo Cavarozzi, celebrada en el auditorio del Instituto Federal Electoral de esta ciudad. Mexico D.F.: Coordinación Nacional de Comunicación Social. Obtenido de <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/matriz%20estado%20centrica%20uno.pdf>

CEPEDA GÓMEZ, S. A. (18 - 31 de 10 de 2010). Payasada electoral. XIII(308), pág. 24.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sentencia C-141, Sentencia C-141 de 2010 (CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA 2010).
- DAVID, P. R. (1980). Sociología Jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual. (2a. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- DAVIS, R. (2014). Political and Media Factors in the Evolution of the Media's Role. *Oñati Socio-legal Series*, 4(4), 652 - 684. Obtenido de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2512155
- DE SOUSA SANTOS, B. (1990). O estado e o direito na transição Pós-moderna. *Revista Crítica de Ciencias Sociales*(30), 15.
- EL TIEMPO. (26 de 07 de 2015). Árbitro de caso ETB-COMCEL, en líos por supuesto caso de estafa. Árbitro de caso ETB-COMCEL, en líos por supuesto caso de estafa. Obtenido de Árbitro de caso ETB-COMCEL, en líos por supuesto caso de estafa
- ESCOBAR ESCOBAR, J. C. (2007). Estado y política: elementos para pensar en su descentramiento y su vigencia. *Revista Universidad de Medellín*, 42(83), 38.
- GALLUP COLOMBIA LTDA. (Septiembre de 2014). Encuesta No. 102 - Septiembre de 2014. Encuesta Gallup Poll. Recuperado el 6 de Agosto de 2015, de <http://lasillavacia.com/archivos/historias/encuestas/gallup.pdf>
- HERRERA MERCADO, H. (28 de 10 de 2002). Semana. Recuperado el 04 de 08 de 2015, de La actual coyuntura del arbitramento: <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-actual-coyuntura-del-arbitramento/54637-3>
- LLANOS RETE, J. (2005). Cómo entrevistar en la selección de personal. México D.F.: Pax México.
- MÉNDEZ, J. L. (2003). Hostos y las ciencias sociales. San Juan de Puerto Rico: Universidad de Puerto Rico.

- PARSONS, T., & BALES, R. f. (1956). Family socialization and interaction process. Londres: Routledge. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=c6rrAgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- PARSONS, T., & SHILS A., E. (1990). Toward a general theory of action. En T. y. PARSONS, Toward a general theory of action.
- REVISTA PERSPECTIVA. (2010). Editorial. El papel de la Justicia. Revista Perspectiva, No. 24.
- REVISTA SEMANA. (22 de 11 de 2014). Al Gobierno ya no le gustan tanto los Tribunales de Arbitramento. REVISTA SEMANA. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/al-gobierno-ya-no-le-gustan-tanto-los-tribunales-de-arbitramento/409953-3>
- TARUFFO, M. (1999). Aspectos de crisis de la justicia civil: Fragmentación y privatización. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid(3), 61-75.
- VARGAS VIANCOS, J. E. (2000). Poder judicial, políticas judiciales y corrupción. Poder judicial, políticas judiciales y corrupción (pág. 3). Washington: Departamento Legal del Banco Interamericano de Desarrollo.
- VETHENCOURT, F. (1998). Rawls y la moral kantiana. Caracas: Fondo Editorial de Humanidades y Educación; Departamento de Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=Zt5Kq5c600IC&pg=PA17-1A1&lpq=PA17-1A1&dq=RAWLS+entendimiento+humano&source=bl&ots=dqfLy meCKj&sig=jy7_

LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA.,
Calle 46 N.º 43-43
PBX: (57-4) 444 44 98
Medellín, Colombia