

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

Edición Especial sobre Oralidad y Argumentación Jurídica

31

SALUDO PRELIMINAR - Michele Taruffo.

ACCESO DE LAS PERSONAS CON MENOS RECURSOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Camilo Andrés Garzón Correa.

EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA DE LA RAMA JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA
Sergio Alejandro Sanz Henao & Diana María Ramírez Carvajal.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UN ANÁLISIS DE SU FUNCIÓN ÉTICA Y SOCIAL EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS
Daniela Ramírez López.

EL JURAMENTO ESTIMATORIO COMO PRUEBA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO
Leider Alfonso Ochoa Suárez.

DIMENSIÓN PSICOLÓGICA DE LA MORAL EN LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS - Deyner Andrés Córdova Perea; Estefanía Escobar Bedoya; Mayra Alejandra Castro Ossa; Carlos Andrés Jurado Urán; Luz Amparo Granada de Espinal.

REFLEXIONES ACERCA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL JUEZ Y DE SU RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO - Julián Agudelo Giraldo.

LAS FINALIDADES DIFUSAS DEL DERECHO PROCESAL COMO ÓBICE PARA LA ÉTICA PROFESIONAL - Andrea Catalina Díaz Guevara; Laura Alejandra Castillo Gonzáles; María Camila Londoño Avellaneda; Jessica Daniela Pérez Jiménez; María Alejandra Sierra Ramírez; Luisa Viancha Rincón; Laura Gabriela Zambrano Villamizar.

FUNCIÓN ETICO-SOCIAL DEL ABOGADO COLOMBIANO
Jeisson Leonardo Londoño Quiróz.

INSTRUMENTO LEGITIMADOR Y LEGALIZADOR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CON SENTIDO SOCIAL - Samuel David Morales Sanabria.

La Revista Temas Procesales Vol.31 no tiene ánimo de lucro.
Periodicidad: anual
temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción — con fin
lucrativo — de los trabajos académico aquí presentados.
Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red Interinstitucional para el Estudio del Proceso y la Justicia
www.redidprocesalyjusticia.org
redinterinstitucionalderecho@gmail.com
Medellín, Colombia.

Edición, diagramación, diseño editorial y corrección de estilo:
Vanessa Franco Ramírez - candidabajoelagua@outlook.com
Agosto, 2018.

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad la Sallista), Jorge Eduardo Vásquez Santamaría (Universidad Autónoma de las Américas), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad Católica de Oriente), Liliana Estupiñan, Beatriz Londoño (Colombia-Universidad Católica de Oriente), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario), Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional) y Eugenia Ariano Deho (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú).

COMITÉ CIENTÍFICO

Michele Taruffo (Italia-Universidad de Pavía), Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Mitidiero (Brasil-Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Jordi Nieva Fenol (España-Universidad de Barcelona), Arturo Álvarez e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia), Adriana Patricia Arboleda (Colombia- Universidad la Sallista), Juan Camilo Yepes Yárce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia-), Luz Amparo Granada de Espinal (Colombia-), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

SALUDO PRELIMINAR

Sullo Studio del Diritto Processuale

Le ragioni che rendono necessario uno studio accurato e approfondito del diritto processuale sono varie. Da un lato vi sono ragioni che possiamo considerare “professionali”: la conoscenza del diritto processuale è indispensabile per l’avvocato, per il giudice, per il fiscal, per l’amministratore pubblico e privato, e in sostanza per chiunque sia in contatto con il diritto. In questa prospettiva è necessaria una ottima conoscenza delle norme che regolano il processo e dei criteri per la loro corretta interpretazione e applicazione.

Dall’altro lato, però, vi sono ragioni di ordine più generale, e forse di importanza anche maggiore. Bisogna infatti considerare che il processo è il meccanismo fondamentale e necessario per l’attuazione concreta dell’intero sistema giuridico: senza il processo, e più in generale senza l’amministrazione della giustizia, il diritto si ridurrebbe ad un insieme di norme scritte sulla carta ma senza nessuna efficacia nella vita reale della società. Ecco allora che la conoscenza del diritto processuale permette di conoscere una delle articolazioni essenziali per la vita del diritto nel suo insieme.

Bisogna tuttavia intendersi sulla natura di questa conoscenza. Tra i giuristi, ma non solo tra essi, è molto diffusa l’idea che sia sufficiente conoscere i dettagli delle norme che si incontrano nei codici processuali del proprio paese, ma questa è un’idea troppo riduttiva e sostanzialmente sbagliata. Se per conoscenza intendiamo che bisogna comprendere il diritto processuale nella sua reale natura e importanza, allora occorre che la conoscenza non si limiti ai dettagli delle regole processuali nazionali, ma occorre estendere lo studio in varie altre direzioni. Per un verso, occorre anzitutto leggere ed interpretare le norme che regolano il processo alla luce delle garanzie previste nelle Costituzioni e negli accordi internazionali (come ad esempio il patto di San José de Costarica sulla protezione dei diritti umani). Occorre, in altri termini, che le norme processuali vengano lette sulla base dei principi fondamentali di quello che ormai si chiama “giusto processo”. Per altro verso, nel mondo attuale dominato dalla globalizzazione non è possibile limitarsi a conoscere il “proprio” diritto processuale, e bisogna invece ampliare l’orizzonte nella prospettiva del diritto comparato e del diritto processuale sovranazionale, includendo la conoscenza dei sistemi processuali stranieri, e almeno dei più importanti.

Ancora, il diritto processuale va studiato e conosciuto anche in prospettiva storica. L'analisi storica è necessaria per capire come il diritto processuale si è formato e si è evoluto nel tempo, in quali circostanze e per quali cause. Ma è soprattutto importante la storia recente, che dia conto dei cambiamenti e delle riforme che hanno portato alla situazione normativa attuale.

Infine, ma non è la cosa meno importante, occorre guardare al fenomeno processuale anche in una necessaria prospettiva sociologica, che consenta ad esempio di valutare l'effettività dell'amministrazione della giustizia, i modi e i limiti con cui il processo assicura l'attuazione dei diritti dei cittadini, e di accertare i difetti e i necessari cambiamenti nella disciplina del processo. Questo, dunque, va visto anche come un importantissimo fenomeno sociale, che influenza la vita di tutti i cittadini e del sistema sociale nel suo complesso.

Michele Taruffo

Sobre el Estudio del Derecho Procesal

Las razones por las que es necesario un estudio serio y profundo del derecho procesal son varias. Por un lado, existen razones que podemos considerar "profesionales": conocer el derecho procesal es indispensable para los abogados, para el juez, para el fiscal, para el administrador público y privado, y en general para todo aquel que se encuentre en contacto con el derecho. Desde esta perspectiva es necesario un conocimiento óptimo de las normas que regulan el proceso y de los criterios necesarios para su correcta interpretación y aplicación.

Por otro lado, sin embargo, están las razones de orden más general y que pueden ser de mayor importancia: es necesario, en efecto, considerar que el proceso es el mecanismo fundamental para la aplicación concreta y correcta de TODO el sistema jurídico; sin el proceso, sin la administración de la justicia, el derecho se reduce a un conjunto de normas escritas sobre un papel que no tienen ninguna eficacia en la vida real de la sociedad. Es por esto que el conocimiento del derecho procesal permite que se alcance la articulación esencial para la vida del derecho en todo su conjunto.

Es necesario entender la naturaleza de este conocimiento. Entre los juristas — pero no solo entre ellos— se encuentra muy difundida la idea de que es suficiente conocer los detalles de las normas que se encuentran en los códigos procesales: sin embargo, esta es una idea muy reducida y sustancialmente equivocada. Si por conocer se entiende que es necesario COMPRENDER el derecho procesal en su verdadera naturaleza e importancia, entonces ocurre que la consciencia no

se limita a los detalles de las reglas procesales nacionales, sino que es importante extender este estudio en otras direcciones. En un sentido, deberíamos hablar de los métodos para leer e interpretar las normas que regulan el proceso a la luz de las garantías previstas en la constituciones y en los tratados internacionales (por ejemplo en el pacto de San José de Costa Rica sobre la protección de los derechos humanos). En otros términos, las normas procesales deben ser leídas sobre la base de los principios fundamentales de lo que configura el denominado: “justo proceso” o “debido proceso”.

En otro sentido, en el mundo actual, dominado por la globalización, no es posible limitarse a conocer el “propio” derecho procesal, es necesario ampliar los horizontes en la perspectiva del derecho comparado y del derecho procesal supranacional, lo que incluye el conocimiento de los sistemas procesales extranjeros o, al menos, de los más importantes.

Además, el derecho procesal debe ser estudiado y conocido también desde una perspectiva histórica. Los análisis históricos son necesarios para entender cómo el derecho procesal se ha formado y ha evolucionado en el tiempo, en cuáles circunstancias y por cuáles causas. Pero, sobretodo es importante la historia reciente que da cuenta de los cambios y de las reformas que han propiciado el estado actual de la norma.

Por último, también se debe considerar el fenómeno procesal en una prospectiva sociológica que genere la consciencia, por ejemplo, para validar la efectividad de la administración de la justicia, los modos y los límites con los que el proceso protege los derechos de los ciudadanos y, además, que genere la capacidad de revisar los defectos y los necesarios cambios en la disciplina del proceso. Finalmente, el derecho procesal es un importante fenómeno social que influencia la vida de todos los ciudadanos y del sistema social en toda su complejidad y es por esto que su estudio es esencial desde muchas perspectivas.

Michele Taruffo

Traducido por: Diana María Ramírez Carvajal

TABLA DE CONTENIDO

SALUDO PRELIMINAR - Michele Taruffo.

4

ACCESO DE LAS PERSONAS CON MENOS RECURSOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Camilo Andrés Garzón Correa.

10

EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA DE LA RAMA JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA - Sergio Alejandro Sanz Henao & Diana María Ramírez Carvajal.

25

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UN ANÁLISIS DE SU FUNCIÓN ÉTICA Y SOCIAL EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS - Daniela Ramírez López.

41

EL JURAMENTO ESTIMATORIO COMO PRUEBA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO - Leider Alfonso Ochoa Suárez.

64

DIMENSIÓN PSICOLÓGICA DE LA MORAL EN LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS - Deyner Andrés Córdova Perea; Estefanía Escobar Bedoya; Mayra Alejandra Castro Ossa; Carlos Andrés Jurado Urán; Luz Amparo Granada de Espinal.

84

REFLEXIONES ACERCA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL JUEZ Y DE SU RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO - Julián Agudelo Giraldo.

101

LAS FINALIDADES DIFUSAS DEL DERECHO PROCESAL COMO ÓBICE PARA LA ÉTICA PROFESIONAL - Andrea Catalina Díaz Guevara; Laura Alejandra Castillo Gonzáles; María Camila Londoño Avellaneda;

Jessica Daniela Pérez Jiménez; María Alejandra Sierra Ramírez; Luisa Viancha Rincón; Laura Gabriela Zambrano Villamizar.

122

FUNCIÓN ETICO-SOCIAL DEL ABOGADO COLOMBIANO - Jeisson Leonardo Londoño Quiróz.

147

INSTRUMENTO LEGITIMADOR Y LEGALIZADOR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CON SENTIDO SOCIAL - Samuel David Morales Sanabria.

160

Anexo 1: Autorización para la Reproducción de Textos.

180

Anexo 2: Código de Ética para los Evaluadores.

181

Anexo 3: Recomendaciones sobre la Presentación de Textos para los Autores.

182

ACCESO DE LAS PERSONAS CON MENOS RECURSOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Camilo Andrés Garzón Correa¹

RECIBIDO: noviembre de 2017

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

El acceso a la justicia constituye una garantía fundamental del Estado de derecho, está constituido por la posibilidad de acudir al sistema y de obtener una pronta resolución del conflicto, es por ello que se requiere que las instituciones del Estado actúen para garantizar este derecho; sin embargo, según informes de varias entidades, existen bajos índices de protección de este derecho. Por lo tanto, en el presente artículo se busca mostrar la necesidad de una intervención de la Corte Constitucional —a modo de sentencia estructural— que permita generar mecanismos que activen la colaboración entre poderes con el propósito de salvaguardar la justicia como un fin constitucional. Es necesario que se creen políticas estatales para acceder a la administración de justicia, pues un Estado justo requiere de la efectividad de sus derechos y normas, pero no hay —conforme al análisis realizado— una estrategia integral para la defensa de este derecho, pues una vez se logra y con dificultades, acceder al sistema, se deben enfrentar graves retrasos en la toma de decisiones. El presente trabajo analiza algunos datos de acceso a la justicia en Colombia, sobre todo aquellos que reportan clasificación de las personas por recursos económicos, asimismo se realiza una comparación entre las medidas estructurales de la Corte Constitucional y los mecanismos que pueden tomarse para garantizar el derecho en mención.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia; proceso judicial; administración de justicia; garantías judiciales; Corte Constitucional.

¹ Abogado titulado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad, con diplomatura en derecho administrativo, contratación estatal y acciones públicas, candidato a Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público de la Universidad EAFIT, actualmente me desempeñó como jefe nacional de investigaciones en Derecho y docente tiempo completo de la Universidad Cooperativa de Colombia en la coordinación del área de Derecho Público.

Abstract

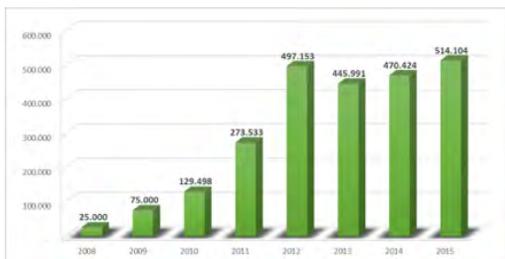
The access to justice is a fundamental guarantee of the rule of law, is constituted by the possibility of going to the system and obtain a prompt resolution of the conflict, which is why it is required that state institutions act to guarantee this right, but According to reports from several entities, there are low rates of protection, therefore, in this article, it is shown that the Constitutional Court needs to act as a structural sentence, which allows the generation of mechanisms that activate collaboration between powers with the purpose of safeguarding justice as a constitutional end. It is necessary that state policies be created to access the administration of justice, because a just State requires the effectiveness of its rights and norms; there is no comprehensive strategy for the defense of this right, as it is achieved accessing to the system there are serious delays in decision. This paper analyzes some data of access to justice in Colombia, especially those that report the classification of people by economic resources, also a comparison of the structural measures of the Constitutional Court and the mechanisms that can be taken to guarantee the right in mention.

KEY WORDS: Access to justice; judicial process; administration of Justice; judicial guarantees; Constitutional Court.

Introducción

En el presente texto se pretende demostrar que la intervención del Juez Constitucional ha generado que el acceso a la administración de justicia sea considerado como un derecho que no debe ser limitado por asuntos patrimoniales; sin embargo, este derecho se ha visto agotado o limitado solo al tema del acceso, mientras no se ha logrado la consecución de la resolución de los conflictos por vía judicial de una manera pronta y con calidad.

Gráfica No. 1: Asignación Presupuestal para los Planes Nacionales de Descongestión. Cifras en Millones de Pesos.



Fuente: Informes al Congreso de la Rama Judicial
Preparó: Unidad de Planeación "DEAJ" - Sala Administrativa CSJ

El acceso a la administración de Justicia es una de las garantías constitucionales reguladas en el artículo 229 de la Constitución Política Colombiana de 1991, dicho derecho se ve limitado por dos aspectos: primero, en cuanto a la posibilidad de presentar una pretensión a un juez y, segundo, en cuanto a la posibilidad de obtener una resolución judicial pronta y oportuna. Dichos problemas tienen varias factores que los generan, uno de ellos tiene que ver con los pocos recursos que se otorgan al poder judicial. El Consejo Superior de la Judicatura, en su informe presentado para el año 2015, deja evidenciada (anterior gráfica) la inversión que buscó mejorar la congestión judicial de los despachos judiciales del País.

Como se puede observar, en el año 2012 el gasto se duplicó en comparación con el año anterior, pero se debe tener en cuenta que en 2012 existieron importantes modificaciones legislativas que impactaron los procesos judiciales colombianos: en un primer momento, entró en vigencia la (Ley 1437, 2011²), la cual implementa la oralidad en los procesos Contenciosos Administrativos; en segundo lugar, fue sancionada la Ley 1564 de 2012, que transformó en gran medida y dio tránsito a un proceso por audiencias (llamado de oralidad) en los procesos civiles, comerciales, agrarios y de familia. Para ese año se realizó una inversión grande —en comparación con las anteriores— por parte del Gobierno Nacional: se asignaron recursos que ayudaron a que la implementación de los nuevos sistemas procesales contribuyera a que los ciudadanos tuviesen un medio idóneo para la defensa de sus derechos.

Lamentablemente, en los años siguientes —como puede verse en la gráfica— el presupuesto para la descongestión de la justicia disminuyó y esto trajo como consecuencia los problemas de implementación del Código General del Proceso.

Problemas de Acceso a la Justicia en Colombia

El acceso a la justicia es un derecho que no se protege en Colombia, ya que la mayoría de las personas no acuden al sistema judicial; como explican La Rota, M., Lalinde, S., Santa, S. & Uprimny, R. (2014): la resignación a no acudir al sistema se da por varios factores:

1. Las personas desconocen que eso que los afecta constituye una vulneración de sus derechos y, por lo tanto, pueden buscar la recomposición de sus derechos por medio de los mecanismos de justicia.

² El artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 estableció su vigencia a partir del 2 de julio de 2012.

2. Las personas no están interesadas en acceder a la justicia porque piensan que allí no van a encontrar ninguna solución a sus problemas.
3. Cuando acceden a la justicia pasa demasiado tiempo para que se resuelva el conflicto, por lo que se genera un descontento y se experimenta una protección ineficaz del derecho.

Esto conlleva a concluir que, en Colombia, debe pensarse más en la educación que las personas tienen en cuanto al derecho con la intención de llevar una justicia más cercana al ciudadano; es decir, si bien existen problemas a gran escala sobre el funcionamiento de las altas cortes, dudas sobre la honestidad de algunos magistrados, el problema más importante está siendo ignorado: no se está cumpliendo la efectividad del derecho sustancial y es por ello que se sugiere pensar en que el sistema debe permitir que los conflictos se resuelvan más allá de una reforma Constitucional del sistema de elección de magistrados y de sus funciones electorales. Si se revisan con juicio los requisitos para que un proceso judicial pueda llegar si quiera a un Tribunal Superior de distrito, se encuentra que dicha situación es difícil. En materia civil, por ejemplo, se requiere —hoy en día— que la cuantía inicial del proceso supere los ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 SMLV); dicho de otra manera, ¿el único problema de la justicia —en Colombia— son las altas cortes?, es claro que no se tiene un dato exacto de cuál es porcentaje de los procesos judiciales en Colombia que tienen dentro de sus instancias la intervención de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, pero con las reglas existentes podría pensarse que no es la mayoría, es por ello que deberá pensarse en los mecanismos para que la justicia llegue al ciudadano común.

Límites Patrimoniales para el Acceso a la Administración de Justicia

Buscando otras fuentes de financiación para la Rama Judicial, se expidió la Ley 1653 de 2013: régimen del Arancel Judicial, esta ley disponía que en cierto tipo de procesos (más que todo de índole patrimonial: no se incluía arancel para procesos laborales, constitucionales y de familia) el accionante, para acceder a la administración de justicia, debía pagar —previa la presentación de la demanda— una contribución del 1.5% del valor de las pretensiones y que, en caso de no hacerlo, el juez no debía inadmitir la demanda. Esta disposición constituía un requisito patrimonial para acceder a la administración de justicia; sin embargo, el acceso a la administración de justicia también es un derecho de aquellos que

no pueden recibir este tipo de limitaciones patrimoniales, ya que este constituye uno de los derechos primarios de los ciudadanos. Ese dilema fue planteado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2014, en ella se explica que un sistema de arancel judicial, consagrado de esa manera, vulnera la igualdad en los contribuyentes. Dijo la Corte:

La Sala estima que el arancel introduce una dosis de manifiesta regresividad al sistema tributario: primero, no lo regula de modo que garantice un sacrificio igual de parte de contribuyentes con capacidades de pago desiguales; segundo, y en contraste, sí crea una medida para que quienes tienen más capacidad contributiva, así presenten pretensiones sumamente elevadas de dinero o se vean condenadas a satisfacer una obligación patrimonial cuantiosa, nunca se vean obligados a cancelar por el arancel más de doscientos salarios mínimos legales mensuales; tercero, esta regulación no impide la extensión en los hechos de una barrera económica, que puede ser franqueable por parte de quienes tienen mayor capacidad de pago, pero que en cambio resulta tanto más insuperable mientras se tenga menor renta, riqueza, propiedad o niveles de consumo.

Para la Corte, el problema del Arancel previo a la presentación de la demanda

(...) introduce un gravamen que ciertamente puede concretarse en un aumento de los recursos en favor de la administración de justicia. Igualmente, tiene la virtualidad de producir un efecto disuasorio frente a la instauración de pretensiones o ejercicios procesales infundados o temerarios, que es uno de los fines de la reforma.

En este proceso, la Corte acumuló las demandas de inconstitucionalidad presentadas por: Fernando Alberto García Forero y Eudoro Echeverri Quintana (D-9806), Manuel Antonio Suarez Martínez (D-9811), Duvier Alfonso López Ortiz (D-9814), Pedro Felipe Gutiérrez Sierra (D-9815), Carlos Eduardo Paz Gómez (D-9829), Ramiro Bejarano Guzmán y Juan David Gómez Pérez (D-9832), Carlos Iván Moreno Machado y Nicolás Lobo Pinzón (D-9833) y Jorge Humberto Muñoz Castelblanco (D-9835). La Corte ordenó comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso de la República, al Director de la DIAN, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Defensoría del Pueblo, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, al Programa Justicia Global y

Derechos Humanos, a la Corporación Excelencia para la Justicia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —DeJusticia—, y a las Facultades de Derecho de las Universidades Libre, del Valle, Externado de Colombia y EAFIT; lo que hubiese podido evidenciar que muy posiblemente era un momento clave para una Sentencia Estructural o, por lo menos, un momento de un gran interés para los grandes grupos económicos y sociales del país. Algunos de los involucrados fueron: Pedro Felipe Gutiérrez, un conocido abogado que litiga constantemente en asuntos constitucionales; el Doctor Ramiro Bejarano Guzmán, un reconocido abogado con gran conocimiento en procesos ejecutivos y coordinador del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia³; Carlos Eduardo Paz, miembro de un oficina de abogados que —según su página web— se dedica a litigios en temas de responsabilidad contractual y extracontractual⁴.

La Corte indicó —en su fallo— que los elementos estructurales del nuevo arancel suponían una restricción desproporcionada sobre los principios constitucionales tributarios de justicia, equidad, progresividad y excepcionalidad, exigibles en las contribuciones parafiscales. En este sentido, es evidente cómo la Corte aplica la prohibición de retroceso que se tiene en los derechos constitucionales, dicha medida generaba un retroceso en la garantía de acceso a la administración de justicia y no era una medida que garantizara la progresividad en la cobertura del derecho. La Corte estableció que sí se violaba el principio de equidad, ya que el monto a pagar (a título de arancel) se ataba a la cuantía de las pretensiones dinerarias o, según el caso, al monto de la condena y estos datos no se relacionaban económicamente ni con la renta, ni con la riqueza, ni con la propiedad, ni con el consumo (o la propensión al consumo) del contribuyente, que son realidades a partir de las cuales se puede definir la capacidad de pago de un sujeto. La Corte reconoce que en esta sentencia es necesario crear mecanismos que permitan una mejor financiación de la administración de justicia, pero indica que la modalidad dispuesta en la Ley 1653 viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Cuando la Corte reconoce que es necesario generar mecanismos de tipo parafiscal que contribuyan al financiamiento de la administración de justicia, envía una débil y casi imperceptible señal al Gobierno Nacional y a la Administración de la Rama Judicial para que creen mecanismos de este tipo, pero —como en el caso UPAC, en el que la Corte dispuso cómo se

³ Ver

http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001135856

⁴ Ver: <http://www.pazrussiabogados.com/index.php>

debía crear el nuevo medio de pago de intereses para préstamos de vivienda— en este caso la Corte no dictaminó ninguna orden concreta y se limitó a establecer la inconstitucionalidad total de la Ley.

En este fallo, la Corte se limitó a concretar una sentencia objetiva de Control Constitucional clásico, aspecto que puede ser criticable, pues en situaciones de graves crisis constitucionales la Corte ha mantenido un estilo pasivo; sin embargo, en cuanto a otros derechos como vivienda (caso UPAC), salud (T-760 de 2008) o desplazamiento (T-025 de 2004), la Corte ha aprovechado situaciones coyunturales para —por medio de una Sentencia— ordenar la transformación de la política pública y de la legislación colombiana

Intervención de la Corte Constitucional

Para comenzar, hay que aclarar que la Corte Constitucional sí ha dictado sentencias que permiten afirmar que el acceso a la administración de justicia es un Derecho Fundamental y, en todo caso, vale la pena indicar que ese derecho no se encuentra consagrado directamente en el capítulo que le corresponde a los Derechos Fundamentales de la Constitución Política. Sin embargo, el Juez Constitucional —por medio de reiterativas sentencias— la ha dado ese tratamiento. La Corte Constitucional, desde su surgimiento, ha defendido esta protección; por ejemplo, en una de sus primeras sentencias manifestó:

(...) cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho al que hace alusión la norma que se revisa —que está contenida en los artículos 29 y 229 de la Carta Política— como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior (Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992).

Nótese, que la Corte relaciona inmediatamente el Derecho Fundamental al Debido Proceso con el derecho a acceder a la justicia y que, a partir de allí, su protección constitucional es válida por vía de acción de tutela. Más adelante, en la Sentencia T-476 de 1998, la Corte Constitucional indicó:

El acceso a la administración de justicia, se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991. Así, **el acceso a la administración de justicia se erige en nuestro ordenamiento superior como un derecho fundamental de los individuos, que como tal prevalece y goza de protección especial por parte del Estado** (Negrilla propia).

El beneficio de acceso a la administración de justicia consiste —en su faceta más elemental— en la alternativa que poseen los particulares para someter al escrutinio de un tercero supra ordenado el conocimiento, estudio, ponderación y resolución de un conflicto emanado de la contraposición de derechos u obligaciones. Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-163 de 1999 dispuso lo siguiente:

La garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador.

En estos casos citados⁵ se evidencia que, por medio de acciones individuales de personas, en los casos en los que se le ha puesto alguna restricción para obtener una solución judicial a los conflictos.

Todo lo anterior da cuenta de cómo el Estado Colombiano había generado una grave violación al acceso a la Administración de Justicia con la inclusión

⁵ Existen muchas sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha indicado que el acceso a la administración de justicia es un Derecho Fundamental, a título meramente enunciativo: Corte Constitucional, C-1083/2005, de 24 de octubre, MP: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, T-954/2006, de 17 de noviembre, MP: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional, C-426/2002 del 29 de mayo, MP: Rodrigo Escobar Gil; sentencia T-489 de 2006, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-125 de 2010, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional, sentencia SU-159/02; Corte Constitucional, sentencia SU-014/01; Corte Constitucional, sentencia T-292/06.

de un arancel judicial como requisito de acceso a la misma. En el año 2014, al Magistrado Luis Ernesto Vargas, en una entrevista publicada en el Diario el Tiempo, le preguntaron lo siguiente: ¿Cuál es el mayor problema de la justicia hoy en Colombia?, el magistrado afirmó:

Que la gran mayoría de los colombianos no acceden o no pueden acceder a la justicia, por las barreras que encuentran. Necesitamos una administración de justicia más ágil y sencilla, más cercana al ciudadano y que se apropie de las tecnologías de información. La experiencia del trámite ágil y sencillo de la tutela es un buen ejemplo. Requerimos que el sistema de justicia provea alternativas eficientes para la atención de las personas y grupos de mayor vulnerabilidad, como víctimas de desplazamiento forzado o personas marginadas socioeconómicamente. (...) Hace varios años me impactó una investigación que considero un paradigma y se denominó ‘El caleidoscopio de las justicias en Colombia’, con una conclusión que marca mi propia perspectiva y debería servir de norte para cualquier reforma de la justicia. La conclusión reflexiva fue: “En Colombia a la justicia acceden los que menos necesitan de ella”. El punto central, insisto, es el acceso de todas las personas a la justicia, sin distingos y con la garantía de que serán tratados con plenas garantías de imparcialidad, defensa y respeto por el debido proceso (Yamit Amat, 16 de febrero de 2014).

La Corte Constitucional no ha producido una sentencia estructural que de órdenes concretas al gobierno para que implemente políticas públicas que hagan efectivas las garantías y medios que contribuyan a una adecuada satisfacción del derecho al acceso a la administración de justicia, la Corte se ha concentrado en generar una protección a la figura legal del amparo a la pobreza. A continuación, se analizará —solo a manera de ejemplo— una sentencia de la Corte Constitucional, en la que se hubiese podido producir un pronunciamiento más fuerte por parte de la Corte, uno que ordenara modificaciones estructurales al sistema de acceso a la administración de justicia.

En la Sentencia T-544 de 2015, la Corte estudió la tutela interpuesta por una ciudadana que actuaba como demandada en un proceso ejecutivo hipotecario, en la que solicitó el amparo de pobreza para que le fuese asignado un abogado que la representara, dicha solicitud se realizó posterior al término legal para contestar la demanda; por lo tanto, el proceso continuó y, en la etapa posterior del mismo se le nombró un apoderado. El primer apoderado que nombraron no compareció

al proceso, posteriormente se le asignó otro abogado, el cual se limitó a solicitar un acercamiento con el demandante, pero no representó a la demandada en la etapa de liquidación del crédito —momento procesal importante, pues es cuando se definen los valores adeudados—; por otro lado, la demandada había realizado abonos parciales y estos no fueron considerados por los juzgados que tramitaron el proceso. Finalmente, dicho proceso ejecutivo culminó la orden de diligencia de remate del bien inmueble y se indicó que —al tratarse de un proceso de mayor cuantía— no podían tenerse en cuenta los documentos presentados por la demandada, toda vez que en este tipo de procesos la Ley ordena que se debe actuar por medio de un apoderado. La demandada interpuso una acción de tutela en contra del despacho judicial que adelantó el proceso, solicitando que —como protección a sus derechos fundamentales— se suspendiera la diligencia del remate, se analizaran los pagos realizados y se hiciera una nueva liquidación del crédito. El Tribunal Superior de Bogotá negó la acción por improcedencia, indicando que la accionante no había contestado la demanda en el proceso ejecutivo y que, por tanto, no podía alegar violación a su derecho de defensa en el recurso de apelación. La Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia. Posteriormente, dicho proceso fue seleccionado por la Corte Constitucional y fue asignado al Magistrado Mauricio González Cuervo, el cual —en resumen— manifestó que se debía garantizar el acceso a la administración de justicia no solo a los demandantes sino también a los demandados y que este derecho solo se materializa cuando los demandados pueden participar en el proceso ejerciendo una defensa apropiada. La Corte estableció unos criterios de calidad para que este derecho operara efectivamente, con lo que creó una subregla al debido proceso: las personas que sean beneficiadas por un amparo de pobreza deben contar con una defensa digna que represente, en debida forma, sus intereses y que no se quede en una mera formalidad.

La Corte, en este caso, garantizó el derecho individual de una persona. Sin embargo, estos fallos no pasan de ser ordenes individuales que no generan impacto en el sistema de administración de justicia; así, la garantía de acceso a la administración justicia termina dependiendo del abogado y de su obligación de actuar en debida forma cuando se le nombra como defensor de oficio. Se hace extraño que, en este o en otro caso similar, la Corte no haya ordenado al gobierno o al Consejo Superior de la Judicatura que genera un esquema o un programa de representación judicial (por ejemplo, un programa por medio de la Defensoría de Pueblo) para las personas con menos recursos y, sobre todo, para aquellas que presente una debilidad manifiesta.

Regulación del Acceso a la Administración de Justicia

La legislación Colombiana actual establece como herramientas de acceso a la administración de justicia esencialmente cuatro: la primera es posibilidad de litigar en causa propia dentro de algunos procesos judiciales, la segunda son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la tercera es la figura del amparo de pobreza y la cuarta es acudir a los Consultorios Jurídicos de la Facultades de Derecho. Esta última herramienta se constituye como un posible mecanismo que permite desarrollar los demás; los estudiantes de consultorio jurídico pueden asesorar a quien litigue en causa propia, pueden llevar a cabo audiencias de Conciliación, pueden redactar amparos de pobreza y, por último, pueden actuar como abogados en algunos casos estrictamente regulados por la Ley 583 de 2000. No obstante, esta disposición no se adecúa, en primer lugar, a los Códigos procesales actuales que son todos más recientes y, por otro lado, no ha sido desarrollado un estudio estructural por parte de la Corte, seguramente porque no se ha producido una demanda en contra de ella, que promueva un pronunciamiento con respecto a aquellos mecanismos de la administración de justicia que se consideran estructurales.

Siguiendo con el análisis de la Ley 583 de 2000, podrían señalarle las siguientes limitaciones en cuanto a la actividad de los estudiantes:

- Solo pueden obrar en procesos de mínima cuantía que cursen en juzgados civiles municipales.
- No pueden representar en procesos contenciosos administrativos.
- En asuntos laborales, no pueden actuar en procesos que superen 20 Salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- En materia penal, la actuación se encuentra restringida.
- No pueden actuar en procesos ante inspectores de policía.
- No pueden actuar en procesos de divorcio o cesación de efectos civiles de

matrimonio católico, incluso estando los cónyuges de acuerdo.

- No pueden obrar en asuntos de restitución de tierras
- No pueden presentar acciones de tutela en nombre de otras personas.

Podría pensarse que la Corte no ha realizado una intervención estructural con respecto a este derecho fundamental porque no se ha generado un movimiento social fuerte que evidencie la falta de una política del gobierno que garantice el acceso a la justicia. En Colombia, se han limitado a establecer mecanismos alternativos de solución de conflictos como medios para defender los derechos de los ciudadanos, pero estos mecanismos —en su concepción— siguen siendo poco vinculantes para las personas.

El acceso a la administración de justicia ha sido considerado como fundamental, pero carece de una política unificada por parte del Estado colombiano; además, otro motivo por el que la orden no ha surgido desde la Corte Constitucional podría ser que, en ese caso, esa misma entidad requeriría una reforma estructural a la administración de justicia y es probable que la Corte no esté dispuesta a generar sentencias que permitan transformar su propia rama del poder público.

Conclusiones

Es importante tener en cuenta los siguientes datos extraídos del informe anual de competitividad 2015 – 2016, realizado por el Consejo de Privado de Competitividad (2015):

- Colombia ocupa el puesto 114 en independencia judicial a nivel mundial, indica el estudio que, de acuerdo con el Foro Económico Mundial, la independencia judicial se define como el grado de imparcialidad de los jueces. Fuente: WEF (2015).
- Según el informe, en Colombia se requieren 1288 días para resolver un contrato por vía judicial.
- La imagen desfavorable de la Rama Judicial, según la encuesta Gallup para

2015, es del 74%.

- El porcentaje de percepción de la corrupción es de 3.8, donde 1 es la mejor nota y 5 es la peor.

Con estos datos queda claro que la ciudadanía no está conforme con el desarrollo actual de este derecho y que existen méritos suficientes para que el gobierno implemente una política pública que contribuya a la evolución del mismo; ya que el acceso a la administración de justicia es, a su vez, una garantía para la protección de los demás derechos. En caso de que el gobierno no contribuyera al desarrollo de esta política, el juez constitucional debería tomar las medidas necesarias para que se genere una protección efectiva del acceso a la administración de justicia. La decisión de no confrontar estas trabas significaría ignorar que el acceso a la justicia es desigual.

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos, en un estudio encomendado al Comisionado Víctor Abramovich, como marco conceptual para el proceso de elaboración de los indicadores de progreso sobre los derechos económicos, sociales y culturales del Protocolo de San Salvador (2007), concluyó que el acceso a la administración de justicia constituye la garantía máxima de satisfacción de todos los derechos y que este derecho no solo se agota con su acceso, sino que debe existir en los Estados una justicia que resuelva los conflictos con prontitud y con altos estándares de calidad y cumplimiento de los demás derechos.

Es claro el panorama: la situación del acceso a la justicia presenta alta desigualdad, y esta situación no solo se genera en Colombia, sino en toda Latinoamérica. El Instituto de Defensa Legal (IDL) del Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF), presentaron un informe frente al Comité Jurídico Interamericano en el que afirman que las barreras económicas están conectadas con otros impedimentos que afectan a grupos como el de los indígenas y el de las mujeres, agravan la situación de los mismos y aumentan su grado de vulnerabilidad y discriminación; el estudio informa que los Estados de la región no han establecido políticas diferenciadas que permitan —o que tengan por objetivo— equiparar a estos grupos en igualdad de condiciones para el efectivo acceso a la justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera el acceso a la Justicia, como una garantía para los DESC (2008). En el informe anteriormente citado se indica que:

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado

estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa —de no impedir el acceso a esos recursos— sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia (Due process of law, 2008).

Siendo la Corte Constitucional Colombiana el máximo garante de los derechos en Colombia, es ella la llamada a establecer la forma en la que la Rama Ejecutiva debería generar los mecanismos idóneos para cumplir con la obligación positiva que indica el CIDH; sin embargo, como se puede ver, la Corte Constitucional se ha limitado a mantener una obligación negativa del Estado. El acceso a la Administración de Justicia no puede considerarse solamente como el derecho a presentar pretensiones, sino que cumple su máxima función en el momento en el que la solicitud es resuelta.

Trabajos Citados

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007) *El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Recuperado de: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodescindice.sp.htm>
- Consejo Privado de Competitividad. (2015). *Informe nacional de competitividad. Capítulo Justicia*. Recuperado de: http://www.compite.com.co/site/wp-content/uploads/2015/11/CPC_INC-2015-2016-Justicia.pdf
- Consejo Superior De La Judicatura. (2015). *Informe 23 años. Acto legislativo No. 02 de 2015*. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/5571964/Informe+23+a%C3%B1os+Gesti%C3%B3n+Sala+Administrativa.pdf/d7fb5bf7-82f9-478b-aa19-c7ffba4b08a>
- Due process of Law. (2008). *Obstáculos para el acceso a la justicia en las américas, elaborado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF)*, recuperado de: http://www.dplf.org/sites/default/files/obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americas_version_final.pdf
- La Rota, M., Lalinde, S., Santa, S. & Uprimny, R. (2014). *Ante la Justicia. Necesidades*

jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. 1ra ed. [Ebook] Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. pp.12-42; 367-422. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf [Consultado el 11 de Feb. De 2017].

Yamit Amad. (16 de febrero de 2014). En Colombia, a la justicia acceden los que menos la necesitan. Entrevista realizada al Magistrado de la Corte Constitucional: Luis Ernesto Vargas Silva. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13508035>

LEYES

Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). Recuperada de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia. (13 de junio de 2000). [Ley 583]. DO: 44.042 Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-105018_archivo_pdf.pdf

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República. (15 de julio de 2013). Arancel Judicial. DO: 48.852 Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1685896>

Consejo Superior de la Judicatura Administrativa. (2015). Informe de gestión 23 años del Consejo Superior de la Judicatura. Acto legislativo No. 02 de 2015. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/5571964/Informe+23+años+Gestión+Sala+Administrativa.pdf/d7fb5bf7-82f9-478b-aa19-c7ffbaf4b08a>

SENTENCIAS

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (12 de mayo de 1992). Sentencia T-006. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (10 de marzo de 1999). Sentencia C-163. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T- 476. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (06 de marzo de 2002). Sentencia SU-159. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional, Sala Plena. (enero 17 de 2001). Sentencia SU-014. [MP Martha Victoria Sáchica Méndez].

Corte Constitucional. (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de

2004). Sentencia T-025. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Corte Constitucional. (24 de octubre de 2005). Sentencia C-1083. [MP Jaime Araujo Rentería]. Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (06 de abril de 2006). Sentencia T-292. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Corte Constitucional. (17 de noviembre de 2006). Sentencia T-954. [MP Jaime Córdoba Triviño]. Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-489. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (13 de julio de 2008). Sentencia T-760. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-125. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de marzo de 2014). Sentencia C-169. [MP María Victoria Calle Correa]. Corte Constitucional. (20 de marzo de 2015). Sentencia T-544. [MP Mauricio González Cuervo].

EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA DE LA RAMA JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA¹

Sergio Alejandro Sanz Henao²
Diana María Ramírez Carvajal³

RECIBIDO: 04 de abril de 2018
APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

Este artículo pretende responder a la siguiente pregunta: ¿el principio de independencia de la función judicial se ve afectado por el sistema colombiano de calificación de los jueces? Esta duda surge a partir del Acuerdo No. PSAA16-10618 (2016) del Consejo Superior de la Judicatura, el cual le permite a este consejo hacer análisis jurídico de las sentencias proferidas por los jueces con fines posiblemente disciplinarios, lo que podría llevar a los jueces a limitar sus decisiones. Si ello es así, sería plausible deducir que este acuerdo estaría vulnerando el principio de la independencia judicial.

Para desarrollar este análisis, en primera instancia, se identificarán las características constitucionales y legales del principio de independencia en Colombia y, posteriormente, se estudiará el concepto que de él tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, finalmente, determinar si el sistema de evaluación de servicios de los funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial podría vulnerar de alguna manera la independencia judicial, la cual —para la Corte Interamericana de Derechos Humanos— es una norma de *ius Cogens* que garantiza el acceso a la justicia y el debido proceso de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Principio de Independencia, garantía de acceso a la justicia, calificación integral de servicios.

Abstract

1 Semillero Jesús María Yepes, Línea de Estudios en Derecho Procesal.

2 Estudiante de la facultad de derecho, Universidad Católica de Oriente, 2017.

3 Profesora e investigadora de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Oriente.

This article aims to answer the following question: Is the principle of independence of the judicial function affected by the Colombian system of qualifying judges? This doubt arises from the Superior Council of the Judiciary agreement N. PSAA16-10618 (2016) which allows this council to make a legal analysis of the judgments drafted by the judges for possible disciplinary purposes. Which could lead judges to limit their decisions. If this is the case, it would be possible to deduce that this agreement would be in breach of the principle of judicial independence.

To develop this analysis, at first instance, the constitutional and legal characteristics of the principle of independence in Colombia will be identified and, subsequently, the concept of the Inter-American Court of Human Rights will be studied. To finally determine if the service evaluation system of officials and career employees of the Judicial Branch could in any way violate judicial independence which, for the Inter-American Court of Human Rights, is a norm of *Ius Cogens* that guarantees access to justice and due process for citizens.

Algunas Ideas sobre los Principios en Derecho y sobre la Relación que Tienen con la Independencia del Juez

Como bien lo ha expuesto la Corte Constitucional:

Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio, se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa, era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales. La protección de las garantías, que lo integraba, sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador (Sentencia C-131 de 2002).

Esta anotación contiene varias implicaciones. Una de ellas es que el proceso deja de ser un conjunto de etapas formales previamente diseñado por el legislador; la segunda tiene que ver con que el proceso de hoy se conecta claramente con los fines del Estado Social de Derecho, por lo que ha pasado a ser publicista y garantista y, por último, pero tal vez más importante, es que estas afirmaciones significan que el paradigma del juez, del “operador de justicia”, cambia radicalmente, ya que sus decisiones no solamente se realizan en aplicación de la

ley formal sino que, además, se apoyan en la aplicación de principios y valores constitucionales, lo cual requiere un juez con amplio conocimiento de su labor. Colombia está entonces, construyendo un nuevo paradigma de Juez. De ahí surge la importancia del principio de la independencia judicial.

El paradigma de juez que está siendo reemplazado, creaba sentencias solamente a partir de las leyes formales, las cuales tenían características propias:

- Existen a través del legislador en el ordenamiento jurídico, no las crea el juez.
- Son imperativas, dispositivas o supletivas según el caso, por tanto, existe mayor o menor obligación de aplicarlas estrictamente.
- Se integran por dos elementos: el presupuesto fáctico y la consecuencia jurídica, lo cual exige del Juez la construcción de un silogismo en la sentencia, para deducir el cumplimiento de la consecuencia jurídica ordenada por la ley.
- Limitan la competencia del juez y sus poderes, dado que el juez aplica la ley, no la interpreta, ni mucho menos la crea.

La ley, en forma de regla, se cumple o no se cumple en la sentencia, tiene un esquema cerrado en su composición y, por ello, la forma de aplicarla al caso concreto es a través de la subsunción. Pero no es así con los principios, de acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización, los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que «algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Bernal Pulido, 2015).

Este es un presupuesto que requiere de un juez con amplias capacidades argumentativas y discursivas, por ello Colombia inicia con pasos de gigante el camino hacia la constitucionalización plena del derecho. Una de las más importantes consecuencias de esta constitucionalización, es que los principios constitucionales pasan a tener categoría de norma aplicable de manera directa.

Así lo expresa la Corte Constitucional:

[...] la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no

pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad (Sentencia T-406 de 1992).

Como puede concluirse, la ley es complementada (en el sistema de fuentes) con otras categorías que se le equiparan: principios, jurisprudencia, precedentes. Dentro de estas categorías, los principios juegan un papel importante al convertirse en norma aplicable al caso concreto, una norma que exige razonamiento y explicación.

Como expone Bernal,

En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación (...) Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2015).

Esto significa, para los jueces colombianos, que hoy se enfrentan a dos métodos hermenéuticos diferentes en lo que respecta a las decisiones judiciales, y que pasar de la subsunción de la ley en el caso concreto, al método de la ponderación de principios, requiere, no solo de competencias y habilidades argumentativas, sino de una función “independiente”.



La figura geométrica que mejor le va a la representación del principio es una figura abierta, no terminada:

El principio es una figura no terminada, porque esta se completa de acuerdo con cada caso en estudio. Por ello, la decisión del Juez, al ponderar, es la que se encarga de cerrar esta figura a través de los argumentos.

A diferencia de la ley (forma de regla), el principio no constituye deberes u obligaciones, simplemente antepone criterios de posición y, por ello, se deben considerar como normas abiertas, ya que no se cumplen o incumplen, sino que se analizan transversalmente para darle solución al caso. Los principios entonces, en el modelo actual de ordenamiento jurídico colombiano, se aplican en la decisión

judicial como fuente del derecho, bajo una metodología de medición nueva que se denomina: ponderación.

Desde esta perspectiva, puede sostenerse que la adopción de la tutela judicial efectiva como elemento de la democracia en el proceso, y la importancia que se le asigna al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2014) como derecho fundamental, hacen que la función del juez haya cambiado radicalmente para el proceso civil colombiano en las últimas dos décadas. Lo anterior incluye una visión diferente de los principios de independencia en la función judicial.

El principio de independencia del juez es un principio estructural para el fortalecimiento de la democracia.

Es un principio que emana de la idea republicana de gobierno y que se entiende en una perspectiva externa en consideración a las demás ramas u órganos del poder público y en una perspectiva interna, en cuanto a la exclusión de jerarquía de la misma rama judicial (Quintero y Prieto, 2000, p. 536).

En este sentido, se entiende que un juez es independiente cuando (en sus providencias) solamente se sujeta a la ley —como fuente del derecho— y, además, cuando es imparcial en su decisión, y asume una posición ajena a las subjetividades; esto solamente se logra cuando el juez decide con base en las pruebas legítimamente aportadas al proceso y con base en el ordenamiento jurídico.

El Principio de Independencia Judicial en el Derecho Internacional

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 da pie a La Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948, esta declaración marcó las pautas para el consiguiente desarrollo constitucional de la segunda mitad del siglo XX.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra principios de la creación de las repúblicas liberales como: el principio de la igualdad ante la ley⁴, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia⁵ y el derecho de ser

4 Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

5 Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por

oída públicamente, y con justicia, por un tribunal competente, independiente e imparcial⁶, establecido por la ley.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado, en el caso Reverón Trujillo, que

los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con determinadas garantías debido a la independencia necesaria del Poder judicial para los justiciables, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Dichas garantías son un corolario del derecho de acceso a la justicia que asiste a todas las personas y se traducen (...) en “garantías reforzadas” de estabilidad a fin de garantizar la independencia necesaria del Poder judicial (Documento Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia).

En el mismo sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de 1969, amplía la lista de principios asociados al principio de independencia de la judicatura, que reconoció —en 1948— la Declaración Universal de Derechos Humanos, así:

Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:(...) b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;(...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras

la constitución o por la ley.

⁶ Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (...).

Todo ello, dentro de la obligación general —a cargo de los mismos Estados— de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción. En este sentido, debido a que el principio de independencia judicial es fundamental para la garantía de otros principios asociados al derecho fundamental al debido proceso, debe ser reforzado por los Estados miembro. En este sentido, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, amplió los argumentos de protección a la independencia de la judicatura

(...) que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley; que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida (Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985).

En esa misma Resolución, las Naciones Unidas formulan los siguientes principios básicos para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura. Estos deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en sus legislaciones, además de promover su práctica al ponerlos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Y aunque «estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces *legos* donde éstos existan».

Independencia de la judicatura:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose

en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Es, por lo tanto, obligación de los estados positivizar en la Constitución y en la Ley la independencia de la judicatura. Pero las Naciones Unidas van mas allá y exigen unas garantías para la protección de la independencia judicial, estas garantías son autónomas de cada estado, la Organización no menciona una lista de tareas a llevar a cabo, de aquí que se pueda entender que las tareas del Estado no se agotan en el momento legislativo (tiempo) ni en la ley (espacio) sino que debe darse en todo momento, en cualquier lugar y ante cualquier circunstancia.

Cabe además señalar que, en el numeral 4° de los principios arriba citados de la Organización de las Naciones Unidas, nos encontramos una conexión directa del principio de independencia con un valor y fin fundamental del Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica. En relación con esto a hecho carrera en Colombia la casi infinita revisión de las decisiones judiciales. Es comprensible y necesario que la decisión del *Ad Quo* sea revisada por el *Ad Quem* como una garantía para las partes en el litigio, sea para confirmar o sea para corregir; también es comprensible, la eventual revisión por vía de tutela, ante la violación de derechos fundamentales, por causas vinculadas a las llamadas causas de procedibilidad

(Sentencia SU159 de 2002), más no respecto de las decisiones que jueces y tribunales hubieren tomado, sin que eso quiera decir que corregido el yerro no se pueda modificar la decisión, lo que corresponderá al juez que conozca del tema.

Esto nos deja en el numeral 2° de los principios citados que dice, refiriéndose al principio de independencia de la judicatura mencionado en el numeral 1°, que

Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

Es sobre este aspecto funcional donde surge la primera duda sobre la posible intromisión por influencias, alicientes o amenazas, que propicia el Acuerdo No. PSAA16-10618 de Diciembre 7 de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, al permitir la evaluación de calidad de los jueces, a través del análisis de las sentencias y autos, con la posibilidad de sancionar o premiar a los así calificados.

El Principio de Independencia Judicial en el Derecho Colombiano

Los preceptos de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expuestos anteriormente, fueron parte de la discusión de la asamblea constituyente que —en Colombia— dio nacimiento a la Constitución de 1991. La Carta Magna es determinante en cuanto a la independencia de los jueces:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (...) Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (artículo 228).

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Constitución Política de Colombia, artículo 230).

Al respecto, se ha pronunciado la Corte Constitucional, indicando que:

La independencia está completamente desligada de la jerarquía y quiere decir que el juez, en materia de tutela, solo depende de la norma constitucional y circunscribe su función, no a la realización de un control jerárquico, sino a la protección de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992).

La Corte Constitucional refuerza este comentario, con el que se pronuncia respecto al principio de autonomía en el ejercicio de la función judicial, en el salvamento de voto de los magistrados: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas quienes argumentan que:

La interpretación de la norma aplicable al caso concreto y la valoración de la prueba dentro de un proceso, constituyen una atribución propia de los jueces de conocimiento, derivada de la naturaleza misma de su actividad, el cual goza de una discrecionalidad que debe ser ejercida con base en una fundamentación jurídica razonable (Sentencia SU-1185 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil).

Sin embargo, las decisiones de los jueces no pueden considerarse completamente libres y discrecionales, ya que todas las decisiones de jueces y tribunales pueden ser objeto de control. A nivel interpretativo, tampoco hay autonomía absoluta, pues hasta los jueces de las altas cortes tienen como límite la Constitución (1991) y los tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Por ello se insiste en que el poder público está integrado por tres ramas independientes, cuyas funciones se ejercen por medio de órganos autónomos, que, no obstante, deben colaborar armónicamente para la realización de los fines del Estado dentro de un sistema de pesos y contrapesos que regulan, equilibran y armonizan el ejercicio de sus atribuciones.

Y, muy particularmente, en que «la función judicial descansa en los principios de autonomía e independencia» (Sentencia C-1643 de 2000). La Corte continúa indicando que

El principio de autonomía se desagrega objetivamente en una doble posibilidad que comprende, de una parte, un haz de competencias administrativas que le permiten, entre otras cosas, administrar su presupuesto y llevar a cabo la selección de los jueces y magistrados dentro de los parámetros constitucionales y legales y, de otra, el poder jurídico que la Constitución le confiere a los funcionarios

judiciales, para que en ejercicio de sus competencias, adopten las decisiones exclusivamente con sumisión al derecho (Sentencia C-143 DE 2000).

Por último, es importante señalar que La Corte Constitucional ha relacionado directamente el principio de independencia judicial con el principio de tutela judicial efectiva, estructura que —dentro del Estado Social de Derecho—, en Colombia, se entiende como la garantía de acceso, efectividad y eficiencia.

El principio de independencia judicial, que se traduce, desde su perspectiva axiológica, en el de imparcialidad, significa que el operador jurídico, está en el deber de garantizar a la comunidad, que sus decisiones son objetivas, apoyadas en el principio de un tratamiento igual para todas las personas y sometidas exclusivamente al imperio de la ley. (...) Como resultado de lo expuesto, se concluye que la conducta del juez, cuando administra justicia, no puede jamás estar sometida a subordinación alguna, al punto que dentro de esta óptica es posible reconocerlo como un sujeto único, sin superior del cual deba recibir órdenes, ni instrucciones ni ser objeto de presiones, amenazas o interferencias indebidas (Sentencia C-143 DE 2000).

Para concluir este acápite, se puede identificar cómo en el derecho colombiano, desde la constitución hasta la interpretación que de ella ha realizado la Corte Constitucional, se entiende que la decisión de los jueces está «completamente desligada de la jerarquía y circunscribe su función, no a la realización de un control jerárquico, sino a la protección de los derechos fundamentales, que puedan estar vulnerando con sus decisiones» (Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992).

La Competencia del Consejo Superior de la Judicatura en la Revisión de las Decisiones de los Jueces

El Acuerdo No. PSAA16-10618 de Diciembre 7 de 2016 (en adelante: el Acuerdo) surge de las facultades que le otorga la Constitución Política de 1991 al Consejo Superior de la Judicatura:

Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1. Administrar la carrera judicial. (...) 3. Examinar

la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley. 4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales (Constitución Política de Colombia, artículo 256, numerales 1, 2, 3 y 4, y artículo 257, párrafo 1).

El Acuerdo también menciona la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de la Administración de Justicia— como norma que le confiere facultades así:

Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: (...). Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley. 18. Realizar la calificación integral de servicios de los Magistrados de Tribunal. 19. Establecer indicadores de gestión de los despachos judiciales e índices de rendimiento, lo mismo que indicadores de desempeño para los funcionarios y empleados judiciales con fundamento en los cuales se realice su control y evaluación correspondientes.

La evaluación de servicios de conformidad con el reglamento que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, deberá ser motivada y resultante de un control permanente del desempeño del funcionario o empleado. Comprenderá calidad, eficiencia o rendimiento y organización del trabajo y Publicaciones (Ley 270 de 1996, artículo 85, numerales 17, 18, 19 y 22; 158 y 169 a 174 y, numeral 2, del artículo 175).

El Legislador atribuyo, de manera especial, al Consejo Superior de la Judicatura, la facultad de reglamentar el sistema de evaluación, además de establecer los indicadores de gestión e índices de rendimiento de los despachos judiciales, lo mismo que los indicadores de desempeño de los funcionarios judiciales y los efectos de la evaluación. Es así como el Consejo Superior de la Judicatura determinó que el control y la evaluación se adelantarían por cuatro factores: calidad, eficiencia o rendimiento, organización del trabajo y publicaciones, y que el objetivo de la evaluación de servicios sería mantener niveles de idoneidad, calidad y eficiencia que justificaren la permanencia en el cargo; de manera que la estabilidad en el empleo se condiciona a que los servidores judiciales conserven una buena conducta y tengan un rendimiento satisfactorio.

Desde esta perspectiva, el Acuerdo —en su artículo 28— evalúa así el factor Calidad: «En cuanto a calidad con el análisis técnico y jurídico de la decisión,

así como el respeto y efectividad del derecho al debido proceso. Para ello, en la evaluación se tendrán en cuenta todas las etapas del proceso».

Es precisamente este factor de evaluación, el factor de la calidad, el que realmente impacta el principio de independencia judicial, pues lo dicho en el primer inciso del artículo citado se complementa, para no dejar dudas de la vulneración, con el inciso segundo (ibídem): «La calificación de este factor será realizada por el superior funcional, sobre sentencias y/o autos que pongan fin al proceso (...)». Ello debido a que lo expuesto, desde el derecho internacional y nacional, es determinante en cuanto a la real independencia de la decisión judicial, que debe estar solamente sometida a la ley y a la constitución.

Sobre la Intervención a la Independencia del Juez

Existe, en el ámbito funcional del juez, una delgada línea entre la intromisión y la evaluación. Analizar una sentencia con fines académicos o investigativos no se traduce en una injerencia a la decisión del juez que la emitió, pero que el análisis tenga como fin la sanción o la premiación y que esta evaluación la realice un superior jerárquico sí puede llegar a convertirse en una presión a la independencia del juez a la hora de tomar decisiones.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

Como es sabido, el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de Derecho, es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces (Sentencia C-1643 de 2000).

Y complementa de la siguiente manera:

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la

misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales (Corte Constitucional, Sentencia C-037, 1996).

En la Constitución de Colombia se predica la independencia cuando se establece que «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (Constitución Política, artículo 228), de donde se consolida que:

El principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aun cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (art. 31 de la Constitución, 1991), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido (Sentencia C-543 de 1992).

Por ello, en el caso de que el juez disciplinario considere que se han desconocido los preceptos normativos vigentes al momento de adoptar alguna decisión judicial, debe poner en conocimiento de las autoridades penales los hechos u omisiones correspondientes a fin de que estos se analicen a efectos de que si se comprueba la comisión de un delito, se impongan las sanciones por parte de «la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria» (Corte Constitucional, Sentencia T-249, 1995).

¿Las Decisiones de los Jueces se Encuentran Solamente Sometidas a la Constitución y a la Ley?

El artículo 75 del Acuerdo afirma que se tendrá en cuenta la «Argumentación normativa y jurisprudencial, doctrinaria o bloque de constitucionalidad, aplicación de normas y estándares internacionales de Derechos Humanos vigentes para Colombia (...)». Ello puede interpretarse como un desconocimiento de la norma Constitucional que, en su artículo 230, dice que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y de la doctrina son solo criterios auxiliares de

la actividad judicial. El gobierno de los jueces abusa de la facultad que le dio el legislador y se sobrepasa al incluir en los elemento de evaluación, que el juez haya tenido en cuenta o no, la jurisprudencia. Es en este punto de la evaluación en el que se consolida una presión indebida a la independencia judicial pues, si bien es cierto que la jurisprudencia —a través del precedente— ha logrado fuerza imperativa, también debe respetarse la directriz constitucional al respecto.

Cuando el Acuerdo formula la posibilidad de promoción, estímulos y distinciones, incluso para participar en los programas de capacitación y formación, evaluar la procedencia o improcedencia de traslados o determinar la permanencia o retiro del servicio, lentamente mina la autonomía y la independencia de los jueces, lo que lleva a la jurisdicción —de nuevo— a la época del inicio de los estados liberales en la que los jueces eran la boca inanimada del legislador; en este caso, los jueces serían la boca inanimada de la jurisprudencia de las altas cortes. Por último, el Acuerdo también establece, en el artículo 10, los efectos de la calificación insatisfactoria que «implica la exclusión de la carrera judicial», lo cual desestabiliza el derecho de los jueces a un trabajo digno y estable.

Conclusiones

La delgada línea que separa el análisis jurídico de una sentencia (emitida por un juez) de la revisión de la misma providencia judicial para calificar la calidad del servicio ha sido traspasada por este acuerdo, con la posible interferencia en la esfera funcional del juez que propicia violaciones directas al principio de independencia y, en forma conexas, a los principios de acceso a la justicia: el principio de legalidad, el de debido proceso y el del juez imparcial.

Baruch Spinoza citado por Jorge Luis Borges (Borges y yo, 1960) dice que todas las cosas quieren persistir en su ser. Pretender que el Estado va entregar, en cabeza de los jueces, la libertad suficiente para decidir y cambiar la realidad es desconocer que el mismo Estado quiere persistir en sus fines y en su esencia. La independencia judicial existe como principio y es garantía para el cumplimiento de otros principios y fines del Estado, pero el mismo Estado que debe garantizar este principio es aquel que debe vigilar que los funcionarios judiciales no se extralimiten en su ejercicio, arduo ejercicio de garantizar y limitar al mismo tiempo. Pueden ser los jueces los llamados a cambiar profundamente con sus sentencias la realidad del país, cuánto de esto está dispuesto a permitir el Estado y a qué velocidad, dependerá de los gobiernos que elijamos. Pero, ¿Cuál es

la mejor forma para calificar el ejercicio de los jueces? y ¿Quién debe hacerlo? Son preguntas que quizás no tengan una solución precisa y satisfactoria para todos. Benjamin Franklin dijo «Those who would give up essential Liberty, to purchase a Little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety» (Aquellos que renunciarían a una libertad esencial para comprar un poco de seguridad momentánea, no merecen ni libertad ni seguridad y acabarán perdiendo ambas); desde este presupuesto, la pregunta sería ¿Cómo conservamos y ampliamos la independencia judicial y, a la vez, garantizamos la seguridad y el orden jurídico en un equilibrio entre las necesidades de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las personas con los fines del Estado? Quizá la independencia judicial solo necesite de más independencia para auto regularse.

TRABAJOS CITADOS

Biblioteca Borges. (s.f.). Spinoza. Alianza Editorial

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) (1948).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de 1969. p.8

Corte Internacional de Derechos Humanos. (2009). Informe Anual.

Capítulo V. Informe de seguimiento - acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, 7 agosto. Párr. 77.

Corte Internacional de Derechos Humanos. (2009). Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio. Serie C No. 197, párr. 67.

Corte Internacional de Derechos Humanos. (2009). Sentencia de 30 de junio. Serie C No. 197, párr. 67. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A(III). (1948).

Organización de las Naciones Unidas. (1945). Carta de formación.

Organización de las Naciones Unidas. (1985).

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Diciembre 5 de 2003). Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. P. 7 Documento 44.

SENTENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia T-006. (1992). [MP Eduardo Cifuentes].

Corte Constitucional. (1992). Sentencia C-543. [MP: José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-265. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-558. [MP Jaime Araujo Rentería].
Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-249. [MP Hernando Herrera Vergara].
Corte Constitucional. (1996). sentencia C-037, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa
Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1643. [MP Jairo Charry Rivas].
Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-143j. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
Corte Constitucional. (2001). Sentencia SU-1185. [MP Rodrigo Escobar Gil].
Corte Constitucional. (06 de febrero de 2002). Sentencia
C-131 [MP Jaime Córdoba Triviño].
Corte Constitucional. (2002). Sentencia SU159. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
Corte Constitucional. (2014). Sentencia C- 341. [MP Mauricio González Cuervo].

LEYES

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
Consejo Superior de la Judicatura. (2016). Acuerdo No. PSAA16-10618.
Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA16-10618. (2016).
Congreso de la República. (15 de marzo de 1996). Estatutaria de la Administración de
Justicia. [Ley 270]. DO: 42.745

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UN ANÁLISIS DE SU FUNCIÓN ÉTICA Y SOCIAL EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

RAMÍREZ LÓPEZ, Daniela².

RECIBIDO: 19 de marzo de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

El objetivo principal de esta investigación es determinar la función del juez constitucional cuando interviene o no en la formulación de políticas públicas y establecer cuáles son los presupuestos que lo justifican a partir de sus compromisos sociales y éticos en el Estado Social de Derecho. Con esta intención, se desarrolló un análisis crítico desde los principales postulados constitucionales sobre las diferentes posturas que han tomado —al respecto— la jurisprudencia y la doctrina; con lo que se han encontrado dos posiciones contrarias con respecto al tema, a partir de las cuales justificaremos y concluiremos, desde el entorno social y económico que vive Colombia, desde la ética profesional y desde los postulados del Estado Social de Derecho, si es deber del juez —o no— involucrarse en las diferentes funciones de los poderes del estado.

PALABRAS CLAVE: Políticas públicas, ética, juez, derechos fundamentales.

Abstract

¹ Esta ponencia hace parte del proyecto de investigación: «El juez constitucional en el Estado Social de Derecho: un Análisis de su Función Ética y Social en la Formulación de Políticas Públicas», desarrollado por el Semillero de Investigación en Derecho Administrativo: “Louis Antoine Macarel” de la Universidad Libre (Cúcuta, Colombia); el cual está adscrito a la línea de investigación: “Conocimiento, innovación y desarrollo sostenible regional”, sublínea: “Justicia, derecho procesal y sistema penal acusatorio”. Actuaron como asesores los docentes: Diego Armando Yáñez Meza, Kenny Sanguino Cuellar y, como integrante del Semillero de Investigación, la estudiante: Jessica Tatiana Jiménez Escalante.

² Estudiante del Quinto año de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre (Cúcuta-Colombia). Integrante del Semillero de Investigación: “Louis Antoine Macarel”. Correo electrónico: daniela-ramirezl@unilibre.edu.co, danielaramirezlopez95@gmail.com.

The main objective of this paper is to determine the role of the constitutional judge to intervene or not in the formulation of public policies and to establish the budgets that justify it from their social and ethical commitments in the Social State of Law. Hence, a critical analysis was made from the main constitutional postulates on the different positions that jurisprudence and doctrine have taken in this regard, thus finding two contrary positions on the subject from which we justify and conclude, from the social and economic environment that lives a country like Colombia from the professional ethics and from the postulates of the Social State of Law, if it is the duty of the judge —or not— to interfere in the different functions of the powers of the state.

KEY WORDS: Public policies, ethics, judge, fundamental rights

Introducción

La distribución del poder que hace nuestro sistema jurídico, en tres ramas, le otorga a cada una de ellas funciones orgánicas determinadas que señalan competencias específicas sobre las que pueden actuar. No obstante haber delimitado las funciones de cada una de estas ramas, la Constitución Política estableció un deber de colaboración armónica entre ellas, con el objetivo de lograr el cabal cumplimiento de los fines del Estado (1991, Art.113).

Con relación a las políticas públicas en Colombia, el monopolio ha sido exclusivo del Ejecutivo, el cual se encarga —entre otros asuntos— de su formulación, de la destinación de recursos y de su implementación. No obstante, dadas las circunstancias de tipo social y económico que han atravesado el país hasta la actualidad y que han sido causadas por distintos fenómenos como el del conflicto armado interno, la corrupción, la inequidad en la distribución del ingreso y la amplia brecha de desigualdad económica. Los cuales, sumados a la omisión o inactividad por parte de las «autoridades primeramente llamadas a responder» (Henoa Pérez, 2013), ha generado que se replanté lo que se han entendido tradicionalmente como división de poderes y como colaboración armónica entre las ramas del poder.

Con ello, se ha creado un nuevo panorama frente a la intervención del juez en un tema que, en principio, no corresponde a su órbita de acción y frente al cual existe un amplio debate. Hay quienes defienden la función activa del juez constitucional en las políticas públicas, la cual patentó su obligación de garantizar los derechos humanos y la efectividad de la Constitución Política de la que este es guarda

por mandato expreso de la misma (art.241), y hay quienes sostienen que esa intervención es inaceptable, debido a que configura una violación al principio de la separación de poderes y a que se usurpan funciones que son propias y exclusivas del órgano Legislativo y Ejecutivo.

1. La Función Jurisdiccional en la Formulación de Políticas Públicas

La corriente asumida por la gran mayoría de países de occidente, a partir del “neoconstitucionalismo”³ o del Estado Constitucional, ha traído innumerables consecuencias en la aplicación y en la efectividad de los derechos que se reconocen en la Carta Constitucional⁴ (1991). Una de estas es el activismo judicial que se ha generado, en particular, desde la Corte Constitucional, a la que —como se indica en el artículo 241— se le confió «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución». No obstante, el papel designado para la Corte Constitucional se limita a la atención de la separación de poderes que —como Estado democrático y de derecho— hace posible la «racionalización en el ejercicio del poder público» (Yañez Meza, 2014), ya que esta debe establecer funciones y competencias propias para cada una de las ramas u órganos en los que se ha dividido el poder del Estado: rama ejecutiva, rama legislativa y rama judicial.

Así las cosas, en materia de políticas públicas [entendidas como «reglas y acciones que tienen como objetivo resolver y dar respuestas a la multiplicidad de necesidades, intereses y preferencias de grupos y personas que integran una sociedad» (Ruiz López & Cadéas Ayala)], la competencia en Colombia para su formulación y ejecución recae principalmente en la rama ejecutiva del poder público, en atención al cumplimiento que —por mandato constitucional— se le ha designado para tal fin, como puede evidenciarse en el inciso 1 del artículo 208:

Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley (Constitución, 1991).

3 Véase el libro de Miguel CARBONELL. (2005). Neoconstitucionalismo(s). 2da Ed. Madrid: Trotta.

4 Al respecto, este Tribunal en la sentencia T-1094 de 2008. [MP Clara Inés Vargas Hernández], dijo que «la fuerza normativa de la Constitución significa entonces que se ha constituido de manera definitiva en sí misma en fuente del derecho y por tanto aplicable directamente por los jueces en el cumplimiento de la misión que les ha sido confiada, pasando de ser norma de aplicación indirecta para ser norma que se aplica junto con la ley o incluso frente a ella».

Esta función también corresponde a otras entidades del poder ejecutivo (en virtud del artículo 115 de la Constitución del 1991) como lo son las gobernaciones, alcaldías, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del Estado. Esto significa que el gobierno nacional es responsable de la formulación de políticas públicas en todas las materias imaginables en un Estado que no correspondan propiamente a políticas judiciales o legislativas (Yañez Meza, 2014).

Sin embargo, sobre este asunto se ha venido presentando un fenómeno en el que las altas cortes y, puntualmente, la Corte Constitucional Colombiana han intervenido —con ocasión del control de constitucionalidad que se encuentra a su cargo— en fallos de tutela y de la acción pública de inconstitucionalidad en la formulación de políticas públicas orientadas a la protección de los derechos de los ciudadanos, aduciendo para ello la existencia de una crisis que se debe a un déficit gran envergadura de las acciones del Estado colombiano (Henoa Pérez, 2013); llevando a cabo esta conducta, la Corte Constitucional está adentrándose en una materia que, en principio, resulta ajena a su competencia.

De ahí que las posiciones doctrinales no sean pacíficas, pues de un lado defienden y de otro se advierten serias críticas frente a la injerencia por parte del órgano judicial constitucional en este aspecto. Así, para Antonio José Núñez:

La justicia constitucional no es un buen medio para redistribuir el ingreso nacional y su intervención desmedida en dicho reparto reducirá la tasa de crecimiento de tal ingreso y hará más inequitativa su distribución. (...) La asignación de los derechos “de última generación” a través de la justicia constitucional tenderá a desinstitucionalizar al Estado y a convertir a la Corte Constitucional en lo contrario de lo que debería ser (Núñez, 2005, pp.11 y 30).

En el mismo sentido, Vladimiro Naranjo Mesa, ante la pregunta: ¿deben tener los jueces constitucionales injerencia en decisiones políticas dentro de la organización estatal? indica que:

La respuesta no puede ser sino negativa (...) lo que es esencial en un régimen de separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público, es decir, dentro de un estado de derecho verdaderamente democrático, es que un órgano, so pretexto de ejercer sus competencias, no invada las que son propias de los órganos (...) los miembros del tribunal o la Corte Constitucional por la posición que ocupan como máximos jueces en estas materias

(...) deben, a toda costa, evitar caer en la tentación de lo que se ha llamado populismo constitucional. No es el suyo un papel mesiánico ni redentor. No les corresponde asumir desde el estrado judicial el rol de políticos, de legisladores o de gobernantes (Escobar Torres, Hernández Vargas, & Salcedo Franco, 2013).

Incluso desde la misma jurisprudencia constitucional del siglo pasado se defendió el principio de separación de poderes, como puede verse en la Sentencia SU-1111 de 1997, en la que se determina que:

El estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en un Estado judicial totalitario y en extirpar toda la función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino (SU-1111, 1997).

De esta forma, no parece bien recibida la intervención jurisdiccional en la formulación de políticas públicas, lo que se fundamenta en argumentos relacionados con las posiciones políticas y de organización del Estado, y en el principio de separación de poderes, según el cual el juez constitucional no podría actuar extralimitándose a una función orgánica que no le corresponde, ni puede pretender «imponer a la fuerza su interpretación del derecho sobre las demás ramas del poder público» (Escobar Torres & otros, 2013, p.147) y con concepciones de tipo económico, según las cuales el desarrollo económico y social estaría amenazado por la inestabilidad jurídica agravada por el activismo de la Corte Constitucional, ya que sus fallos ordenan incrementar el gasto público sin atención a los efectos macroeconómicos negativos (Clavijo, 2001, p.2).

De acuerdo con lo anterior, en la jurisprudencia constitucional puede evidenciarse una posición que considera que existen limitaciones frente a lo que se puede ordenar mediante la tutela, por lo que la injerencia del juez constitucional en la formulación de políticas públicas no resulta procedente, ya que no se encuentra dentro de su competencia orgánica, pues este no es ordenador del gasto, ni coadministrador de la gestión, ni de la política del Ejecutivo. Además, se debe entender que las limitaciones presupuestales por las que no se adelantan los diferentes programas que implican dichas políticas no pueden ser materia de reconocimiento en sede de tutela.

Ahora, si bien las mencionadas objeciones suscitan gran polémica frente a la

actuación del juez constitucional en las políticas públicas, existe un sector de la doctrina que respalda el desarrollo jurisprudencial que ha venido realizando la Corte Constitucional en busca de satisfacer las necesidades y los derechos de la población frente a las falencias de los órganos que —encargados de garantizarlos— no lo hacen; por lo que, ante el incumplimiento, el juez ordena implementación o restablecimiento. A partir del principio de colaboración armónica —consagrado en el artículo 113 de la Constitución⁵ (1991)— y sin faltar a su propia competencia, ya que lo habilita la particular situación social de vulneración de derechos fundamentales en el país, pues —como guarda de la Constitución— le ha sido conferido el poder para decidir sobre aquellos asuntos en los que para hacer efectivo el derecho reclamado (a través de la acción de tutela o en sede de acción de inconstitucionalidad) el juez debe intervenir en la formulación de políticas públicas.

Al parecer de quienes defienden la intervención del juez constitucional, no se trata de una corte que usurpe funciones, ni de un tribunal que legisle, sino de una suma de instituciones que han reaccionado por medio de acciones positivas frente a la inacción de las otras ramas, con lo que ha estructurado la protección de los derechos a través de medios constitucionalmente respaldados (Escobar Torres & otros, 2013, p.150).

Es así como el juez constitucional se adentra en el activismo judicial desde el que responde a los fines del Estado Social de Derecho que le impone el deber de garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos. En ese sentido, pueden apreciarse dos posiciones dentro de la Corte frente al planteamiento efectivo de políticas públicas por su parte. Una primera posición, en la que —si bien la Corte interviene en la formulación— esta intervención es limitada, pues se circunscribe a señalar un término en el que la entidad a la que corresponde debe formular la política pública en toda su dimensión, estimando que la forma en la que ha de ser afrontada le corresponde determinarla a la Administración Pública y entendiendo que estas son un proceso complejo que requiere de diseño, planificación, apropiación, destinación de recursos, implementación, ejecución, evaluación y, en consecuencia, de gasto público, por lo que deben implementarse gradualmente y en la medida en que se reconozcan elementos económicos que permitan su realización (Yañez Meza, 2014, pp.249-250).

⁵ ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Esta ha sido una posición adoptada en casos en los que la entidad encargada de materializar la política pública no haya sido omisiva frente a tal obligación o que, aun habiéndolo sido, su incumplimiento pueda excusarse en el carácter progresivo de la prestación requerida, tal como se puede ver en la Sentencia de Tutela 595 de 2002, en la que se indica que frente a la dificultad de acceso al servicio público de transporte por parte de la población discapacitada, «No es (sic) competencia del juez de tutela sino de Transmilenio S.A., decidir la forma como deben ser removidas estas cargas excesivas que se le imponen a este grupo social para acceder al servicio de transporte masivo» y que como «(...) se trata de una prestación de carácter programático, cuyo pleno e integral cumplimiento no puede ser exigido de forma instantánea. Es preciso que gradualmente se vayan implementado las diversas políticas que aseguren a los discapacitados su inclusión a la sociedad» (T-595, 2002)⁶.

Mauricio A. Plazas (2009) se ha referido al respecto y ha sostenido que:

En el caso de que el juez de tutela constate la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando ordenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas públicas, propio de una democracia. Por lo tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, cuáles son las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y ordenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo la participación ciudadana (p.28).

En la segunda corriente, el juez constitucional —frente a la situación de trasgresión masiva y sistemática de derechos fundamentales en casos como el de las personas víctimas de desplazamiento forzado (T-025, 2002), en las fallas de organización y procedimientos para resolver las peticiones de reconocimiento, el la reliquidación y pago de pensiones (T-068, 1998), con respecto a las condiciones extremas de hacinamiento para los reclusos en los establecimientos carcelarios del país (T-153, 1998), a la mora permanente en el pago de mesadas pensionales (T-525, 1999), a la población recicladora y a su relación con los contratos de recolección de basuras en los municipios (T-724, 2003), entre otros—, consideró

⁶ Otros casos en los que la Corte asume esta postura, en temas como la ausencia de medidas de protección de los defensores de derechos humanos recluidos en establecimientos carcelarios ordinarios, la no convocatoria a concurso abierto para nombramiento de Notarios y la ineficiente prestación del servicio público de salud, pueden consultarse.

que la administración debía fijar una meta presupuestal para cumplir con la política pública, estableciendo para ello un término en el que se debía realizar el diseño o la formulación de la política en su totalidad y señalando tareas precisas y abstractas que debían ser adelantadas por las entidades llamadas a responder (Yañez Meza, 2014).

En esos casos la Corte actuó ante «la existencia de un vacío de poder y un déficit de implementación y de gobernanza de las autoridades» (Henaó Pérez, 2013), lo que hizo que su participación se encaminara a otorgar reconocimiento y goce efectivo de los derechos humanos. Sin embargo, la actuación del juez debe respetar ciertos límites de creación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional que, aunados al respeto de sus propias competencias y en atención a la separación de poderes en el marco del principio de colaboración armónica, constituyen presupuestos necesarios para la intervención del juez en esta materia (Yañez Meza, 2014):

1. Existencia en la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional sobre los hechos objeto de control constitucional⁷.
2. Ante la inexistencia de un Estado de Cosas Inconstitucional los hechos deben ser de tal entidad que han de ser declarados en la decisión.
3. Debe tratarse de un problema constitucional que involucre sujetos que ostentan una especial protección constitucional.
4. Deben requerirse medidas de carácter positivo dirigidas a remediar los hechos impulsores del Estado de Cosas Inconstitucional.
5. Deben vincularse en el proceso constitucional a todas las entidades sobre las cuales recaerán eventualmente órdenes simples y complejas.

2. Formulación de Políticas Públicas Frente a Sujetos de Especial

⁷ La Corte Constitucional en Sentencia (T-025, 2004) establece los factores que en su jurisprudencia ha considerado determinantes para definir la existencia de un estado de cosas inconstitucional: «(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial».

Protección Constitucional: Comentarios Sobre la Sentencia de la Corte Constitucional, Caso de las Comunidades Étnicas que Habitan la Cuenca del Río Atrato (Sentencia T-622 de 2016. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]).

Mediante la Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte Constitucional declaró la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas del Chocó que habitan la cuenca del río Atrato, lo anterior como consecuencia de la actividad minera ilegal en esa zona. La grave crisis humanitaria, sociocultural y ambiental presentada en el Chocó, debido a la explotación minera ilegal del río Atrato que generó una gran contaminación ambiental y la vulneración de los derechos fundamentales de múltiples comunidades afrocolombianas e indígenas que habitaban la cuenca del río; se interpone una demanda en enero del año 2015 por parte de la ONG “Tierra Digna” en representación de diferentes comunidades de esa zona del país y contra la Presidencia de la República, los ministerios del Interior, Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otras autoridades nacionales, regionales y locales.

Cabe aclarar la importancia de las prácticas tradicionales que desarrollaban las comunidades étnicas de esa zona (agricultura, pesca, caza), las cuales generaban una dependencia absoluta de la cuenca del río para su subsistencia y trabajo, pues es sobre los recursos que les ofrece el río que garantizaban su derecho a la alimentación, a la salud, a la vida digna, entre otros; derechos que se vieron directamente afectados por cuenta de los efectos nocivos del mercurio utilizado en las actividades mineras ilegales, lo que llegó a convertirse en la degradación ambiental más relevante del Chocó en los últimos tiempos. Lo anterior no solo responde a un problema de derechos colectivos, como lo es la grave contaminación del río que amenaza a las comunidades étnicas, al departamento del Chocó, al medio ambiente y a una de las fuentes hídricas y de biodiversidad más importantes del mundo, sino que también genera una violación directa a los derechos fundamentales de las comunidades como el derecho a la vida digna, a la salud, a la libertad de locomoción, al territorio y a la autonomía; todo esto hizo necesaria la intervención judicial.

La decisión de la Corte fue una de las más trascendentales en materia de adopción de políticas públicas por parte del juez constitucional actual. La Corte dió un paso gigantesco hacia la protección del medio ambiente y del bienestar general,

dictaminando que el río Atrato debía ser sujeto de derechos y ordenando a las entidades responsables de protegerlo la adopción de una serie de medidas de urgencia que permitieran hacer frente a esta grave vulneración de los derechos colectivos y fundamentales de aquellas comunidades étnicas. Es este sentido, y para asegurar la protección, recuperación y conservación del río, La Corte ordenó medidas estructurales y la adopción de políticas públicas que —como se verá— dieron lugar al cumplimiento concomitante de los presupuestos señalados el capítulo anterior, de la siguiente manera:

1. Declara la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio que involucra a las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río, en relación con la actividad minera ilegal en esa zona.
2. Se trata de un problema que recae en las comunidades étnicas del Chocó, las cuales gozan de especial protección constitucional.
3. Tiene su origen en la falta de presencia estatal en el departamento del Chocó para el diseño e implementación de políticas públicas integrales que permitan la construcción de un Estado Social de Derecho en la región, para lograr garantizar unas condiciones mínimas de una vida digna y bienestar general para las comunidades, pues hasta la fecha, ni las autoridades locales, ni las nacionales habían tomado medidas suficientes y serias para atender o dar solución a la problemática planteada, si bien habían realizado algunos esfuerzos en materia presupuestal y administrativa para mitigar los daños causados por la actividad minera ilegal en las poblaciones y los daños al medio ambiente, estos resultaron insuficientes para alcanzar la protección necesaria.
4. En las ordenes simples y complejas dictadas por el Juez constitucional en el proceso, se vincularon a todas las entidades (tanto del nivel local como nacional) que, por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, no tomaron medidas positivas y efectivas para dar solución a la realización de las actividades de minería ilegal en la zona de los hechos que han generado la configuración de una grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato.

A grandes rasgos, las medidas que adoptó el juez constitucional estuvieron dirigidas, en primer lugar, a declarar al río Atrato sujeto de derechos, con lo que se ordenó que la representación legal de esos derechos debía ser ocupada por un miembro de las comunidades étnicas y por un delegado del Gobierno

Colombiano; a su vez, indicó la forma de designación y escogencia de los miembros bajo un periodo de tiempo determinado; adicionalmente, estableció que estos representantes tienen la función de diseñar y conformar —dentro de un límite de tiempo— una comisión de guardianes del río que se encargarán de verificar el cumplimiento de la sentencia.

Así mismo, ordenó el diseño de diferentes planes con fines específicos y con un límite de tiempo determinado para su realización e implementación. En primera instancia, un plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños y para recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región, además limitó el término de un año para su realización e implementación junto con las medidas específicas que debe incluir.

Sumado a lo anterior, determinó un plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realizaran —no solo en el río Atrato y en sus afluentes, sino también en todo el departamento de Chocó—, el cual debía ser diseñado y puesto en marcha dentro de un término no mayor a 6 meses, indicando de manera precisa las acciones que debía incluir y la forma en la que debían ser desarrolladas.

Igualmente, ordenó que, por un término no superior a 6 meses, el Ministerio de Agricultura —entre otras entidades y de la mano con las comunidades étnicas accionantes— debían diseñar e implementar un plan de acción integral que permitiera recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación, y señaló puntualmente cómo debían estar enfocadas dichas acciones. Asimismo, estableció la realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos en el río Atrato, sus afluentes y en las comunidades, esto con el fin de determinar el estado de contaminación del agua y de las personas. Para estos estudios señaló un plazo de entre 3 y 9 meses para iniciar y terminar los análisis.

Por último, ordeno el acompañamiento y seguimiento por parte de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República, para garantizar el cumplimiento y ejecución de todas las órdenes señaladas en la sentencia, indicándoles de forma precisa que deberían entregar reportes semestrales de su gestión. En esta decisión, el Juez Constitucional es irrespetuoso con la función ejecutiva, ya que señala un ámbito de protección específico, con tiempos determinados para su realización, dada la necesidad social, actual e inminente de su intervención; esto en procura de corregir el estado de vulnerabilidad y de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los habitantes de esa zona.

Lo anterior, se fundamentó en que las instituciones encargadas actuaron de forma pasiva ante la situación, pues —tal como indicó la Corte (T-622, 2011)— la Procuraduría regional y las comunidades ribereñas habían interpuesto varias acciones administrativas y constitucionales con el objeto de lograr una solución a la problemática generada por el desarrollo de las actividades de minería ilegal sin haber obtenido algún resultado, toda vez que tales se siguieron desarrollando como consecuencia de la omisión por parte de las entidades demandadas. Por consiguiente y según las ordenes proferidas, es evidente que el Juez toma una postura positiva, completamente garantista; que representa el objetivo de un Estado Social de Derecho que es respetuoso de los presupuestos constitucionales ante la grave vulneración de los derechos fundamentales que la minería ilegal y otras problemáticas estructurales han generado. De acuerdo con esto, no aceptó la falta de recursos ni de capacidad de las instituciones locales, regionales y nacionales, como una excusa para permitir que se actuara de forma desinteresada. La decisión de la corte tuvo el único objeto de garantizar la protección y conservación del medio ambiente, para así lograr el bienestar general, junto el mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades étnicas afectadas.

Es de destacar la decisión de la Corte que, aunque pudo haber tomado una postura limitada y haberse acogido a la tesis que las primeras instancias argumentaron para declarar improcedente la acción de tutela —señalando que no se observó el requisito de subsidiariedad de la acción, por cuanto los demandantes no demostraron que las acciones populares no son el mecanismo idóneo en el caso concreto— o puede simplemente haberse limitado a señalar la necesidad de la implementación de medidas y políticas públicas a cargo de las entidades competentes.

Por el contrario, la Corte hizo un estudio profundo y logró determinar la necesidad inmediata de la intervención constitucional, la conexidad entre los derechos colectivos y fundamentales vulnerados y que, a pesar de la existencia de otros medios judiciales de protección, el titular de los derechos fundamentales amenazados era un sujeto de especial protección constitucional, como lo son las comunidades étnicas y campesinas; en este sentido decidió en aras de una tutela judicial efectiva en un Estado Social de Derecho, bajo el principio de la justicia social y conforme a la Constitución Política. Como la misma Corte ha sostenido:

La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social y en la creación de condiciones

generales de equidad a través de políticas públicas y planes de desarrollo incluyentes y efectivos. En efecto, la defensa de los valores supremos de la Carta Política obliga entonces al Estado a intervenir decisivamente, dentro del marco constitucional, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales.

3. Función Social y Ética del Juez Constitucional en el Estado Social de Derecho

Al expedirse, en el año 1991, la actual Constitución Política de Colombia, se dio lugar a una reflexión sobre la interpretación del derecho y sobre el alcance de la función del Juez Constitucional, esto conllevó a la transformación del modelo jurídico, el cual pasó de una postura clásica del Estado de Derecho a consolidarse en el Estado Social de Derecho. Con este tipo de estado nacen derechos que adoptan como centro de atención al ciudadano, al pueblo y al menos favorecido; esto, bajo importantes postulados como: la dignidad humana (principio rector de la actividad estatal), la libertad, la igualdad, la justicia social, la democracia y el bienestar general; En este sentido, el estado colombiano se volvió completamente garantista, ya que los derechos fundamentales se convirtieron en un tema prioritario.

El aparato estatal de la actualidad está encaminado a asegurar no solo los derechos y las libertades de cada individuo, sino a proteger aquello que traspasa la esfera de lo plenamente individual, buscando asegurar la supremacía de la Constitución en favor de todos los ciudadanos. De esta forma, la función principal del juez debe transfigurarse para cumplir con estos postulados. El juez debe asentar sus bases y pilares fundamentales en cumplimiento de principios y valores que generen la implementación de actos positivos que garanticen los mandatos sociales de la Constitución para satisfacer las necesidades básicas de todos aquellos que la integran y, de forma especial, la protección de personas en condición de vulnerabilidad.

Es decir, bajo la fórmula del Estado Social de Derecho se impone la necesidad de la intervención estatal en pro de las necesidades sociales, lo que ayuda a superar la clásica idea del Estado de Derecho cuya intervención era limitada. Así, la principal finalidad del Estado es la de satisfacer las necesidades sociales

básicas en procura del bienestar general, vinculando jurídicamente a todas las autoridades estatales para que logren materializar la efectividad de los derechos sociales como principios rectores del estado.

Aunque no existe un concepto genérico desde la jurisprudencia o desde la doctrina de derechos sociales, es pertinente traer a colación algunos conceptos que se han desarrollado al respecto: Manuel Fernando Quinche (2008) ha sostenido que los derechos sociales son prerrogativas carentes de justiciabilidad que dependen de las políticas públicas para su efectividad. Sin embargo, afirma que las garantías fundamentales para la protección de derechos civiles y con libertades fundamentales se hacen extensivas a fin de conseguir un escenario de justicia material y de protección integral. Al respecto, Robert Alexy (1993) ha señalado que «los derechos sociales con aquellos derechos cuya esencia propende por las acciones positivas del Estado que, de acuerdo con su denominación, son derechos que incluyen la protección, la organización y el derecho a prestaciones en sentido estricto». Asimismo, Rodrigo Uprimny (2006) ha sostenido, desde un criterio mucho más universal que los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Constitución son a su vez exigibles judicialmente, dada la importancia normativa de la misma.

Por otro lado, Rodolfo Arango (2005) señala que los derechos sociales fundamentales, valga la redundancia, son aquellos que han sido reconocidos como derechos constitucionales de carácter fundamental; es decir, son derechos subjetivos con un alto grado de importancia constitucional, pero su característica principal es que son derechos de prestación en un sentido estrecho, es decir, que se derivan de prestaciones positivas a acciones fácticas del Estado. Sumado a lo anterior, La Corte Constitucional Colombiana ha señalado que los derechos sociales son aquellos derechos subjetivos-colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad y que se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un convivir libre y digno.

Conforme con lo anterior, la Corte —en la Sentencia C-040 de 2004— ha sintetizado la idea principal de la actividad estatal y ha indicado lo siguiente:

El modelo de Estado diseñado por la Constitución vigente, incluye como presupuesto de la actividad estatal la búsqueda y obtención de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En este sentido, nuestro Estado social de derecho busca lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción

de las necesidades básicas de la población, con miras a lograr la efectividad de los derechos, tendencia que no es casual y que no aparece inusualmente en nuestro Derecho Constitucional a partir de la Carta de 1991, sino que responde a una larga historia de transformaciones institucionales ocurridas no sólo en nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo. (...) En estas condiciones el Estado colombiano debe ser no sólo un verdadero promotor de la dinámica colectiva sino además el responsable del acceso de todos los ciudadanos a las condiciones mínimas de vida que garantizan el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, por ello no es gratuito que el Constituyente haya prescrito en el artículo 366 de la Carta que 'El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.

En síntesis, desde la situación descrita en la Constitución de 1991, el Estado Social de Derecho impone un papel activo del Juez Constitucional, pues no se limita a implementar normas que confiere el legislador, sino que se le atribuye un campo de interpretación más amplio para establecer o modificar políticas, analizando las normas y los hechos, lo que conlleva a adquirir un compromiso constante en la búsqueda de la justicia social. Es así como sobre el juez constitucional recae el deber indiscutible de garantizar los derechos sociales, por lo que se podría afirmar que el objeto de sus funciones tiene un contenido y encuentra sentido desde la realidad social.

Así, se ha materializado el activismo judicial de la Corte Constitucional, lo que le ha otorgado amplios poderes al Juez Constitucional para cumplir con su obligación de velar por la garantía y eficacia de los derechos fundamentales, teniendo como límite los presupuestos constitucionales. Esto significa que la actividad jurisdiccional no es un ejercicio mecánico, pues si bien hay ordenamientos jurídicos que ofrecen respuestas concretas para casos concretos, el Juez Constitucional es el encargado —dentro de su ejercicio de análisis— de decidir cuál decisión se debe tomar en garantía de los derechos fundamentales constitucionales, por lo que pueden existir varias respuestas correctas en un mismo caso. Se destaca entonces la función del juez constitucional, toda vez que en palabras de Dworkin plasmadas en su artículo: (¿Puede que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?): en nuestro propio sistema hay numerosas decisiones que un juez no tiene la obligación de tomar de un modo o de otro (p.123) y, evidentemente,

Colombia no es ajena a esta situación. De acuerdo con lo expresado por Dworkin:

El concepto de deber proporciona un espacio entre la proposición de que el juez tiene que decidir de una manera y la de que tiene que decidir de otra; dicho espacio está ocupado por la proposición de que no tiene ningún deber de decidir, de ninguno de los dos modos, sino el permiso o, como dicen los abogados, la discrecionalidad para hacerlo de una forma u otra (p.123).

Este espacio al que hace referencia el autor es en el que el Juez Constitucional se mueve, con el compromiso de que prevalezca el contrato político, el cual lo habilita para realizar un papel más activo y humano, y para que se entrometa en las situaciones de especial protección que genera un estado de gran vulnerabilidad Constitucional. Esto permite que cualquiera sea la decisión adoptada por el Juez, esta se encuentre dentro del marco de legalidad trazado por la Constituyente, lo que hace que el actor judicial cumpla así su verdadero rol y desmienta a quienes aún sostienen aquella postura del derecho que afirma que el deber del juez es un ejercicio de aplicación mecánica.

De esta forma, ¿Se justifica ética y socialmente que el juez de tutela —en Colombia— intervenga en la elaboración de políticas públicas? La respuesta es afirmativa. Los presupuestos del Estado Social de Derecho le asignan al Juez el deber de garantizar los derechos fundamentales de las personas que, por su condición (social, económica, física o de otra índole), requieran de una especial protección constitucional, ya que se trata de casos de grave trasgresión de derechos, en los que se deben tomar medidas drásticas para que estos se hagan efectivos a través de políticas públicas o, si ya existieren, para que se logre su implementación de forma adecuada.

Tal como sucedió en la Sentencia que fue el objeto de análisis al capítulo anterior, en la que el Juez —al encontrarse ante la grave vulneración de los derechos fundamentales que la minería ilegal y con otras problemáticas estructurales estaban teniendo lugar en el departamento del Chocó— evocó ante Estado colombiano en su conjunto que conforme a la Constitución Política, sobre él recaía un deber irrenunciable como juez: le correspondía cumplir con una serie de obligaciones constitucionales a través de acciones o medidas que garantizaran la plena vigencia de los derechos fundamentales del pueblo colombiano. Este último es solo uno de los ejemplos que, en sede de tutela, se han dirigido hacia la misma finalidad y en los que el juez ha tenido que adoptar un papel activo en la formulación de políticas públicas.

Ahora bien, es necesario aclarar que este papel debe ser limitado hasta cierto punto, pues el juez constitucional se somete al análisis previo de la existencia de ciertos presupuestos⁸ que configuran y justifican la necesidad de que este tenga que intervenir en funciones que en principio son ejecutivas y legislativas, para lograr que los fines esenciales del Estado se cumplan a cabalidad. Sin embargo, este activismo por parte de la Corte Constitucional no sería justificable en entornos sociales en los que se hicieran efectivos los derechos de los ciudadanos y de la población vulnerable de forma verdadera y en los que las entidades estatales cumplieran a cabalidad sus funciones en pro del bienestar general. Por el contrario, este es otro punto crucial sobre la necesidad de optar por un activismo judicial en políticas públicas, pues las omisiones al deber del Estado en Colombia generan un Estado de Cosas Inconstitucional con repercusiones graves en la sociedad en general.

Evidencia de lo anterior es la congestión judicial, la gran cantidad de acciones constitucionales presentadas a diario por los ciudadanos en busca de que se les garanticen sus derechos que deberían ser respetados sin necesidad de acción judicial, pues son indispensables para la vida digna de todas las personas. Un claro ejemplo es la acción de tutela en relación con la violación del derecho a la salud y a la seguridad social: en el año 2015 se interpusieron en el país 151.213 peticiones por este concepto y en total fueron 614.520 acciones presentadas, es decir, una tutela cada cincuenta y un segundo. Solo este grupo de solicitudes representaron el 24% sobre el 100% de tutelas presentadas, lo que corresponde a una cada tres minutos y medio, que se traduce en cuatrocientas once tutelas interpuestas cada día solo en el año 2015⁹.

Sumado a lo anterior, se encuentran las consecuencias del conflicto armado: millones de personas desplazadas y desempleadas, niños sin educación primaria, un país que cuenta con más de cuarenta y nueve millones de habitantes de los que veinte millones viven en situación de pobreza y desigualdad, entre otras tantas falencias existentes en el entorno social colombiano que le dan sentido a la intervención judicial que busca remediar el drama que vive el país y eliminar los obstáculos que se presentan en contra del funcionamiento apropiado del Estado.

Es menester aclarar que no se pretende — con esta propuesta — que las entidades estatales trasladen sobre los jueces constitucionales sus cargas para implementar

⁸ Ver apartado 1: función jurisdiccional en las políticas públicas.

⁹ Ver artículo del periódico El Tiempo. (26 de diciembre del 2016). Cada 3,5 minutos se presenta una tutela por la salud. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/vida/salud/tutelas-por-vulnerar-el-derecho-a-la-salud-en-colombia-48516>

medidas que busquen materializar los fines esenciales del estado, sería inadmisibles que institucionalicen la acción de tutela como parte del trámite para ejecutar políticas encaminadas a garantizar las necesidades de los ciudadanos (tal como sucede con las EPS que esperan la orden de una instancia constitucional para cumplir con su función principal). Es necesario implementar sanciones a las entidades que no desarrollen a cabalidad sus deberes constitucionales y legales, y que generen vulneración de derechos fundamentales. Lo ideal sería que el papel del Juez se dirigiera a ejercer control constitucional sobre esas medidas, más no a la producción constante de ordenes dirigidas a recordarles a las entidades la obligación que tienen de crear e implementar políticas contundentes. Esto representaría una verdadera colaboración armónica.

Por otro lado, las acciones de los actores judiciales constitucionales encuentran su justificación en los postulados de la ética profesional del juez. La profesión del juez constitucional, como cualquier otra, tiene sustento en la ética, centrada en la verdad y en la rectitud moral del pensamiento jurídico. Su actividad profesional no está limitada a realizarse de forma autónoma y mecánica, debe hacer una comprensión profunda sobre los hechos y las normas, y su principal responsabilidad profesional será la de juzgar, de acuerdo con ese análisis previo, para alcanzar el fin de hacer justicia. La administración de la justicia, que es labor de los jueces, debe considerarse —al mismo tiempo— como una función pública que forma parte de los poderes del Estado, como la función del legislador, y esta debe estar integrada a la estructura del aparato estatal (De Zan, 2004).

Es evidente que el juez, antes de ser abogado, es ser humano y que, por lo tanto, no se puede desprender de los principios éticos en el cumplimiento de sus decisiones; por el contrario, debe desarrollar una actividad humana o de práctica social:

Por práctica entenderemos cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente (MacIntyre, 1987, p.233).

Es claro que todas las actividades profesionales tienen como objetivo un deber meramente social y que, dependiendo de cada profesión, su objetivo varía; por

lo que es el objetivo específico de cada práctica profesional el que fundamenta la existencia de cada una de las profesiones. No obstante, lo que es común entre todas las profesiones es que cada actividad busca la producción o conservación de determinados bienes o sujetos que adquieren un determinado valor en la sociedad.

Según la función del juez constitucional (y en todas las funciones jurisdiccionales en general) cada acción debe perseguir la protección y garantía de los derechos fundamentales constitucionales, principalmente sobre personas en estado de vulnerabilidad. En términos generales, se puede afirmar que ese objetivo se cumple a cabalidad cuando se da la intervención (justificada) del juez para proferir políticas públicas en pro del Estado Social del Derecho.

Por último, hay que reconocer que si el juez constitucional no actuara de forma activa en esos casos de omisión estatal, podría estar incurriendo en una violación a su deber ético profesional, pues la corrupción de las actividades profesionales se produce cuando aquellos que participan en ellas no las aprecian en sí mismas porque no valoran el bien interno que con ellas se persigue (como en este caso, la protección de los derechos constitucionalmente establecidos como fundamentales) y las realizan solamente por los bienes externos que con ellas pueden conseguirse (como el prestigio, el dinero o el poder). Por lo que esa actividad y quienes en ella cooperan, acaban perdiendo su legitimidad social y, con ella, toda credibilidad (A. Cortina, 1999, p.50).

Conclusiones

Las políticas públicas son un conjunto de acciones complejas que implican el despliegue del poder del Estado para satisfacer las necesidades y los derechos de la población, su formulación recae principalmente sobre el órgano Ejecutivo a quien —en virtud de la separación de poderes públicos— se le ha designado tal función. No obstante, en Colombia se presenta una particular situación de vulneración e insatisfacción masiva de derechos fundamentales frente a la que las entidades encargadas no han destinado los esfuerzos necesarios para conjurar la efectividad de tales derechos; es allí donde el juez constitucional ha tomado partido interviniendo a través de sus decisiones en la formulación de políticas públicas con las que busca otorgar la garantía de los derechos.

Frente a la intervención del juez, y en particular de la Corte Constitucional, se han identificado tres posiciones que juzgan el papel que puede desarrollar el actor

judicial ante la necesidad de políticas públicas que garanticen la protección de los derechos de las personas. Una primera posición considera que la Corte no puede ser el órgano competente para ordenar —en sus providencias— políticas públicas, ya que esta es una función que corresponde a otra rama del poder público, se deben tomar en cuenta las limitaciones presupuestales para el desarrollo de las mismas. En segundo lugar, se encuentra una postura moderada en la que se admite que el juez de tutela intervenga limitándose a la fijación de un término dentro del que la entidad que debe responder elabore su integridad sobre la política pública, sin señalar la forma o el medio por el que deben protegerse los derechos fundamentales vulnerados. La tercera posición promueve que el juez, además de fijar un término para la implementación de una política pública, ordene de forma específica la realización de actuaciones precisas y abstractas con las que logre la protección del goce efectivo de los derechos constitucionalmente reconocidos.

En este artículo se concluye que el juez constitucional debe tomar una postura activa frente a la formulación de políticas públicas, esto se justifica gracias a la función social y ética —dentro del Estado Social de Derecho— que el juez debe cumplir cuando se presenten los presupuestos¹⁰ necesarios para su intervención. Al analizar la sentencia T-622 de 2016, logramos determinar que se cumplieron a cabalidad estos presupuestos, dada la gran magnitud de violación de derechos fundamentales y sociales por la ausencia y omisión en la intervención de las entidades estatales para dar solución a los hechos que fundamentaron la acción en virtud de la contaminación masiva del río, lo que trajo severas repercusiones para las comunidades étnicas que son objeto de protección constitucional especial.

En ese caso, las medidas que tomó el Juez de tutela fueron drásticas, ya que tomó una postura activa en el sentido de que no se limitó a señalar la necesidad de la implementación de las políticas públicas por parte de las entidades, sino que señaló la forma específica en la que debían estar desarrollarse y estableció un tiempo puntual para su implementación. De no haber procedido de esta forma, su función jurisdiccional hubiese quedado corta para cumplir con los fines esenciales del Estado Social de Derecho y con la protección de los derechos fundamentales se hubiera desnaturalizado. Así las cosas, podemos sostener que es necesario un juez social garantista de los postulados constitucionales que trabaje en conexión armónica con los entes estatales, en procura de una mejor sociedad y del bienestar en general.

¹⁰ Ver apartado 1: función jurisdiccional en las políticas públicas.

En consecuencia, vale la pena resaltar la necesidad de que el juez cumpla esta tarea social de formular políticas públicas en situaciones como las que se viven en el estado colombiano, pues no es difícil concluir que vivimos en un permanente Estado de cosas inconstitucionales, debido a las falencias que presentan las entidades estatales al momento de cumplir con su deber y de hacer efectivos los derechos fundamentales. Solo de esta manera el juez constitucional podrá cumplir a cabalidad con sus funciones sociales y con los deberes éticos que recaen sobre su profesión, pues todas sus acciones se fundamentan en la necesidad de garantizar los postulados constitucionales derivados del Estado Social de Derecho, tales como: la dignidad humana, la libertad, el bienestar general, los derechos fundamentales y sociales; los cuales buscan generar una justicia social, ética y constitucional.

El juez no puede desarrollar un papel mecánico que se limite a cumplir con las normas de forma textual, sin oportunidad de interpretación o de comprensión social. La función jurisdiccional —bajo el principio de progresividad— está encaminada a la protección, garantía y goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, y bajo los compromisos constitucionales, sociales y éticos, como los establecidos en los artículos 48, 350 y 360 de la Constitución (1991), los cuales, finalmente, fundamentan la naturaleza del Estado Social de Derecho.

TRABAJOS CITADOS

- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Carbonell, Miguel. (2005). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2da Ed. Madrid: Trotta.
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y fallas económicas de las altas cortes*. (1era Ed.). Bogotá: Alfa Omega.
- Cortina, A. (2001). *Ciudadanos del mundo*. Madrid: Alianza.
- De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Uruguay: Argentina Justicia.
- Dworkin, R. (s.f.). *¿Puede que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?* *El Tiempo*. (26 de diciembre del 2016). Cada 3,5 minutos se presenta una tutela por la salud. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/vida/salud/tutelas-por-vulnerar-el-derecho-a-la-salud-en-colombia-48516>
- Henao Pérez, J. C. (2013). *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*. *Revista de Economía Institucional*, 15(29).
- Escobar Torres, S. Hernández Vargas, L. M. & Salcedo Franco, C. M. (2013). *El juez como*

-
- garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional en Colombia. *Revista Universitas Estudiantes* (10).
- MacIntyre, A. (1987). *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica.
- Núñez, A. J. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. 1era Ed. Bogotá: Legis Editores.
- Plazas Vega, M. (2009). *Del Realismo al Trialismo Jurídico*. Bogotá: Temis.
- Quinché Ramírez, M. F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*. (2da Ed.). Bogotá: Ibañez.
- Ruiz López, D., & Cadéas Ayala, C. E. (s.f.). *¿Qué es una política pública?* (U. L. América, Ed.) Recuperado de http://www.unla.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm#_edn2
- Yañez Meza, D. A. (junio de 2014). *Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas*. *Estudios de Derecho*, LXXI(157).
- Uprimny Yepes, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norman.

LEYES

Asamble Constituyente. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.

SENTENCIAS

- Corte Constitucional. Sala Plena. (6 de marzo de 1997). Sentencia SU-1111. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá: Expediente: T 107601.
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión.(5 de Marzo de 1998). Sentencia T-068. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Bogotá: Expediente: acumulados T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá: Expediente: acumulados T-137.001 y T-143.950.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (26 de mayo de 1998). Sentencia SU-250. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Bogotá: Expediente: T-134192.
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (20 de octubre de 1998). Sentencia T-590. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Bogotá: Expediente: T-174150.
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. (23 de julio de 1999). Sentencia T-525. [MP Carlos Gaviria Díaz]. Bogotá: Expediente: T-213190, T-215732, T-215733, T-215769, T-215774, T-215775, T-218743, T-218772, T-221132, T-221143, T-221145, T-221148, T-221155, T-221769, T-223239, T-223240 y T-221152.
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. (15 de mayo de 2000). Sentencia C-373. [MP Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá: Expediente: D-3778.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (7 de diciembre de 2000). Sentencia T-1695. [MP Martha Victoria Sáchica Méndez]. Bogotá: Expediente: T-357177, T-374536 y T-385529.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de 2002). Sentencia T-025. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Bogotá: expediente T-653010 y acumulados.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión.(1 de agosto de 2002). Sentencia. T-595.

*[MP Manuel José Cepeda Espinoza]. Bogotá, Colombia.
Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. (20 de agosto de 2003). Sentencia T-724.
[MP Jaime Araujo Rentería]. Bogotá: Expediente T-723237.
Corte Constitucional. Sala Plena. (27 de Enero de 2004). Sentencia C-040. Bogotá.
Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025.
[MP Manuel José Cepeda Espinoza]. Bogotá: Expediente T-653010 y acumulados.
Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-1094. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. (14 de Marzo de 2011). Sentencia T-622.
[MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Bogotá: Expediente: T-2844031.
Corte Constitucional. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622. [MP Jorge Iván Palacio
Palacio]. Bogotá.*

El Juramento Estimatorio como Prueba de Responsabilidad Civil Extracontractual por Accidentes de Tránsito¹

Leider Alfonso Ochoa Suárez²

RECIBIDO: noviembre de 2017.
APROBADO: 26 de junio de 2018

A Dios, la razón de mi existencia.
A mi esposa, por su apoyo y constante dedicación.

Resumen

El propósito de este estudio es desarrollar un abordaje teórico conceptual del juramento estimatorio como prueba en los procesos de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito en Colombia, mediante la revisión documental de referencias escritas que abordan el tema de manera general. En este sentido, se evalúan bases doctrinarias y legales que permitieron orientar este trabajo para la consecución de los resultados. Este estudio es de tipo documental, interpretativo, de análisis y fue realizado bajo el paradigma cualitativo, por medio de la observación directa y de la lectura referencial de los documentos compilados. Asimismo, para la obtención de los resultados, se aplicaron la dogmática y la hermenéutica jurídica como métodos interpretativos propios de los análisis de investigación jurídica. Como resultados de la investigación se encontraron deficiencias en la técnica legislativa de la figura procesal examinada, por lo que se

1 Artículo de investigación para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho, Santa Marta. 2017.

2 Leider Alfonso Ochoa Suarez, Abogado titulado de la Universidad Popular del Cesar, especialista en derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda —Sede Santa Marta—, realizó un Diplomado en Contratación Estatal y Responsabilidad Penal, Fiscal y Disciplinara —Universidad Autónoma Del Caribe—. Abogado litigante en el área de responsabilidad civil contractual y extracontractual, docente de la Universidad de Santander “UDES” —Valledupar— y de la Corporación Universitaria área Andina de la misma ciudad, asesor jurídico de la secretaria departamental de la Gobernación del Cesar y de la oficina de control interno de la administración municipal de Valledupar Cesar.

sugiere una debida atención a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de su elaboración y a partir de su razonabilidad; a fin de que — como herramienta— sea útil al propósito al que sirve, que no es otro que el de la evaluación cuantitativa del daño, pudiendo constituirse en el monto base de una eventual condena de perjuicios.

PALABRAS CLAVE: juramento, estimación, prueba, responsabilidad civil extracontractual, accidentes de tránsito.

Abstract

The purpose of this study is directed to the conceptual theoretical approach of the Oath estimating as evidence in the processes of extracontractual civil liability of traffic accidents in Colombia, through documentary revision of written references that approach the subject in a general way. On these points described, detailed doctrinal and legal bases, which allowed to guide this work in the achievement of its results; being, in this sense, the type of documentary, interpretative, analysis study, carried out under the qualitative paradigm, through direct observation and reference reading. Likewise, to obtain results, legal dogmatics and hermeneutics were applied as methods of analysis of legal investigations. As results of the investigation were found deficiencies in the legislative technique of the procedural figure examined, reason why it is suggested the due attention to some parameters that must be taken into account at the time of its elaboration, from its reasonableness, to purpose that as a tool that is useful to the purposes it serves, that in here is none other than the quantitative evaluation of the damage, and can be constituted in the amount of a possible conviction of damages.

KEY WORDS: oath, estimation, proof, extracontractual civil liability, traffic accidents.

Introducción

El juramento como acto solemne —desde una connotación simple— tiene su génesis en la sociedad. En principio, fue comprendido desde una perspectiva religiosa, según la devoción que profesara el jurante, poniendo a Dios como testigo de la verdad; este juramento fue convirtiéndose posteriormente en el

medio idóneo para demostrar hechos y para llevar a la convicción al juez dentro del ámbito procesal, tal como se evidencia en el procedimiento civil colombiano.

El juramento estimatorio —como medio de prueba en el enjuiciamiento— ha existido en la legislación civil colombiana desde antaño, su origen fue la Ley 105 de 1931, desde la cual se decretó el Código Judicial. En principio fue una figura poco valorada en el medio del derecho, pero su desarrollo ulterior desde el Código de Procedimiento Civil, pasando por la Ley 1395 de 2010, hasta llegar al Código General del Proceso, ha evidenciado la sobreestimación de la que ha sido objeto. Lo anterior ha dado lugar a que, en la actualidad, el adecuado manejo del juramento estimatorio resulte primordial y obligatorio; sobre todo en las demandas de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito para efectos de demostrar el *quantum* de la indemnización.

Con base en lo descrito, el presente artículo pretende abordar la importancia de esta figura probatoria (a partir de su racionalización) como elemento demostrativo de la cuantificación del daño en los procesos resarcitorios de responsabilidad civil. Esto, no solo con el fin de que la comunidad jurídica comprenda su importancia, sino por la necesidad de utilizarla de forma idónea para que cumpla su verdadero propósito, espíritu y razón, de acuerdo con la pretensión de los legisladores. El tema se desarrollará a partir de un análisis legislativo, apoyado, por una parte, por la normativa constitucional o legal y, por otra, por la doctrina, las cuales serán los criterios auxiliares para la comprensión de esta figura.

Para lograr ese cometido, a lo largo del presente artículo se emplea una metodología exploratoria y analítica, se aborda el tema desde su origen hasta las nuevas tendencias del Código General del Proceso: Ley 1564 (2012); haciendo énfasis especialmente en esta última y destacando sus características esenciales para, finalmente, establecer su objetivo; con lo que consecuentemente se puede evidenciar de qué forma puede hacerse efectivo el uso de esta herramienta con respecto a las indemnizaciones.

1. El Juramento Estimatorio en la Legislación Colombiana

El juramento estimatorio llega a la legislación colombiana con la Ley 105 de 1931, la cual reguló —en tres libros— los aspectos de organización judicial (Libro Primero), el procedimiento civil (Libro Segundo) y el procedimiento penal (Libro Tercero). Cabe destacar que esta figura procesal se define, según Quintero (2016), como una medida que permite cumplir con una finalidad procesal legítima, como

desestimar pretensiones sobreestimadas o temerarias. El incumplimiento de esta finalidad será sancionable, si la conducta de la parte es ajena al principio de la buena fe procesal, como cuando se falta a la diligencia en la labor probatoria.

Sin embargo, con respecto a esta temática, se hace necesario enfatizar aquellos perjuicios que se pueden probar con el juramento y aquellos que no, porque no todo se puede corroborar por este medio de prueba. Es así que el artículo 625 (Libro Segundo) de la mencionada ley 105 de 1931 —de manera expresa— establece que la declaración jurada de una parte, cuando la ley autoriza a esta para estimar en dinero el derecho demandado proveniente de perjuicios, ya sean estos frutos, mejoras, compensación o indemnización, hace fe; pero se establece que esto será así mientras aquella estimación no se regule en articulación suscitada por solicitud de la otra parte sin importar el estado en el que se encuentre el juicio antes de la decisión del juez.

En la mencionada ley se dispone que si la cantidad estimada por el interesado es superior al 200% de la concedida por el juzgador, al primero se le condenará en relación con los gastos que ocasionare el incidente y a cancelar a la otra parte el diez por ciento (10%) de la diferencia existente.

De lo anterior, es posible inferir que —desde el momento de la entrada en vigencia del Código Judicial *in comento*— se faculta al demandante para tasar el valor del derecho que se ha demandado, cualquiera sea el evento del que se derive o en el que consista, a fin de que sirva de prueba, pero solo en aquellas oportunidades en las que la ley lo permita; las cuales, a juicio de Nisimblat (2013), rigen solamente cuando las pretensiones se fundan en situaciones consolidadas, siempre que no fueren reguladas a pedimento de la contraparte, contemplándose una sanción del diez por ciento (10%) y en una condena en costas, en el caso de que el monto excediere más del doble regulado.

Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil (1970, artículo 211) lo estatuyó indicando que el juramento estimatorio, por una parte, se debe aplicar cuando la ley ha autorizado estimar en dinero el derecho o la garantía que se ha demandado y hará prueba de dicho valor, siempre y cuando su cuantía no sea contradicha por la parte contraria, lo que debe tramitarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión judicial que lo admita o que, en especial, señale la ley al respecto. Además, se establece que el juez podrá decretar la regulación cuando considere que la estimación es claramente injusta o cuando sospeche fraude o colusión.

Al texto del mencionado instrumento legal: Código de Procedimiento Civil, se

agrega que si la cantidad que se ha estimado estuviera en un orden superior al doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo pagar a la otra parte, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia bajo la figura de la multa, lo que se percibe como una sanción por haber magnificado el monto estimado.

Se evidencia entonces que la esencia del juramento estimatorio se mantiene de una legislación a otra. Sin embargo, se hace explícito lo concerniente a la objeción, pues se delimita la oportunidad procesal en la que ésta tiene cabida. Tal como señala Nisimblat (2013), solo se considerará la objeción que especifique —a través de motivos específicos— la inexactitud, falla o error que se le atribuya a la estimación; lo que autorizará al juzgador para que regule el monto cuando: (i) sea notoriamente injusto o cuando haya (ii) sospecha de fraude o colusión. Por otro lado, sin ser menos importante, está la supresión de la condena en costas, con la que —sin embargo— se mantiene la sanción, esta vez a título de multa en idéntico porcentaje y bajo el mismo supuesto anterior.

Ahora bien, la citada norma mantuvo vigencia por cuatro décadas, hasta que — en el año 2010— se sanciona por el Presidente de la República la Ley 1395, la cual contiene una reforma general al Código de Procedimiento Civil que busca subsanar la necesidad de facilitar los procedimientos, de aminorar los tiempos y de hacer más efectiva la administración de justicia.

Frente a este propósito, una de las innovaciones fundamentales fue, sin lugar a dudas, la derogatoria del trámite ordinario y del abreviado, con lo que se instituyó el verbal como proceso general para encauzar las demandas, por ser este último más expedito y el abanderado del sistema de oralidad en materia civil, que se buscaba implementar en los distritos judiciales del país.

En este contexto, el artículo 10 de la precitada ley, dispuso que el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil quedara redactado estableciendo —sobre el juramento decisorio— que aquella parte que procure el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras; lo debe hacer a través de un querrela y con la obligación de estimarlo basándose en motivos suficientes y bajo juramento para la solicitud correspondiente.

De la misma manera, se estableció que dicho juramento se debe constituir en prueba de su monto, en tanto su cuantía no sea refutada por la parte contraria dentro del traslado correspondiente. En este sentido, sin que sea solicitado por alguna de las partes, quien toma la decisión podrá disponer la regulación cuando considere que la estimación es visiblemente injusta o que malicia fraude o colusión;

a esto se añade que si la cantidad estimada excede el treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación realizada, se condena al estimante a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

Esta reforma da un giro importante al juramento estimatorio, pues, a partir de ese momento, se instituye como imperativo para aquellas pretensiones que versen sobre indemnización, compensación o sobre el pago de frutos o mejoras. A esto se adiciona el hecho de que dicha estimación deberá basarse en argumentos lógicos razonables y demostrables, ya que llega a tener valor de prueba cierta mientras no sea rebatida. Sobre esto, Forero (2013) señala que esta prueba se realiza para contrarrestar aquellas solicitudes que sobrepasen los montos cuantificados, habiéndose observado —en algunos trámites— que el solicitante exigía condenas en cuantías un tanto exageradas con respecto a las que, en realidad, presupone el derecho, esto sin que se aplicaran resultados por dicha conducta como consecuencia de lo realizado.

En este sentido, el mencionado teórico señala que se trata de buscar en el actor transparencia y rectitud con respecto a las exigencias que, en su beneficio, realiza la parte interesada por los conceptos mencionados cuando se fija el monto exigido en un complemento concreto que estima bajo juramento; monto este que está dispuesto a probar si hubiese la oportunidad; en razón de que de evidenciarse que la cuantía que se ha estimado resulta desmedida por exceder el porcentaje indicado en la disposición dictada al efecto, se puede alegar que el solicitante no actuó conforme a la probidad o a la buena fe que debe existir en su reclamo, por lo que su comportamiento deberá dar como resultado una multa en favor de la contraparte en juicio.

Por otra parte, en lo que atañe a la oportunidad para objetarla, se indica en el mencionado Código (1970) que esto se debe hacer durante el traslado, de manera que los términos varían según el procedimiento que se esté siguiendo; verbigracia, en el verbal de mayor cuantía será de diez días, mientras que en el verbal sumario será de cuatro días, y si la solicitud se presentare en un trámite incidental será de tres días, a partir de la respectiva notificación o fijación en lista de la que se trate. Igualmente, se conserva la penalidad en el 10% de la diferencia, pero esta se reduce al margen de regulación de un 50% a un 30%, de ahí que haya más exigencia para quien hace la estimación, lo que implica que este debe ser lo más acertado o preciso posible. Respecto a la potestad del fallador para su regulación, esta se mantiene incólume.

En cuanto a la relevancia de la metamorfosis normativa, López (2010) comenta

que la modificación que se introduce en el art. 211 del Código General del Proceso (1970) resulta sustancial, ya que se deriva de una disposición raras veces aplicada. El autor señala que la regulación pasa a ser empleada con frecuencia; en efecto, en el original artículo 211, el juramento estimatorio únicamente era posible en los casos autorizados previamente por la legislación, aquellos casos no eran habituales, como el del artículo 493 *ejusdem*, que en los casos de las ejecuciones de dar o hacer admite que se desarrolle también para los perjuicios moratorios, caso en el que se valora bajo juramento su importe mensual, si no se ha establecido en el título ejecutivo.

Sobre este punto, Nisimblat (2013) resalta que estas disposiciones rigen solo en aquellos asuntos en los que el accionante o incidentante y, en general, quien haya invocado el daño ocasionado, pueda aclarar mediante la solicitud de hechos pasados, a los que queda ligado procesalmente y con el compromiso de una demostración basada en sus propias defensas.

Asimismo, se adiciona un inciso en el que se establece que se procederá en juicio, si la exigencia es una obligación de hacer y en lo que se solicitan perjuicios por la demora en la que se haya incurrido en la realización o cumplimiento del hecho. Al efecto, el artículo 495 (Código del Procedimiento Civil, 1970) dota al accionante de obligaciones diversas de dar, ya sea dinero, de hacer o de no hacer, de repudiar, de solicitar la prestación original y de demandar en el inicio de la querrela los daños y perjuicios estimándolos, especificándolos bajo juramento, o en otra forma de interés pagadera cada mes, para que prosiga la ejecución con base en la suma líquida del dinero.

De la misma manera, el art. 148 del Código Civil (1887) consagra —en caso de nulidad de matrimonio civil— el juramento estimatorio, estableciendo que en el caso de la existencia de mala fe en alguno de los contrayentes, se crea la obligación de indemnizar al otro por todos los daños que el primero le hubiere ocasionado bajo la figura de la estimación bajo juramento.

De lo planteado es posible evidenciar que la permisividad legal, en los casos predichos, es general (no especificada) frente a los daños materiales, de lo que se evidencia la puesta en práctica de la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia (1991). Se puede observar entonces que el mismo se dispone, de acuerdo con lo señalado por López (2010), en cualquier hipótesis en la que se solicita vía judicial «una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras», siendo una necesidad emplearlo en estos casos.

De la misma forma, aunque la Ley 1564 de 2012 dista de ser perfecta —pues

toda norma es perfectible— constituye, sin lugar a dudas, un esfuerzo legislativo por hacer materialmente efectivo el ejercicio judicial, sintetizando los trámites y acortando los términos. Sobre este punto, Nisimblat (2013) menciona que tanto el juramento como la objeción deben ser manifestaciones discriminadas de los conceptos que se estiman o se objetan, pues la norma es clara y claro es su *thelos*, cuando previene a los litigantes para que se abstengan de formular pretensiones *in genere*, aún cuando se trate de sumas determinadas; luego, no se deberán aceptar pretensiones indemnizatorias o alegaciones de mejora para el pago de frutos o compensaciones que no estén debidamente justificadas o discriminadas.

De la misma manera, el análisis de la doctrina señala que tampoco se admitirá una refutación que no establezca con exactitud y transparencia sus alegatos, siendo inefectivos de pleno derecho todas los términos que pretendan falsear o dejar sin efecto el establecimiento de la suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento; en este sentido, se evidencia el cambio en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia (2009) respecto a la pretensión genérica «o lo que se pruebe o resulte probado» y admisible en el proceso civil.

También es menester señalar que la Ley 1564 de 2012 se constituye en un Código General del Proceso únicamente para las áreas civil, de familia, agraria y comercial, cuya entrada en vigencia ha sido fraccionada por disposición del legislador, con lo que se ha determinado la aplicación de algunos artículos de forma inmediata, verbigracia: el artículo 206. Los restantes, se han postergado con fundamento en las facultades que la norma otorgó al Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le dio un plazo máximo de 3 años —a partir del 1° de enero de 2014— para entrar en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

Dentro de este marco normativo, el juramento estimatorio es afianzado en su contenido, lo que ha hecho más rígida su práctica a partir de la estructura ya derogada (art. 10, Ley 1395 de 2010). El artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 preceptúa que cuando se solicite reconocer una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, se debe estimar con prudencia en la solicitud, debiendo especificar sus conceptos por separado. Este juramento hace prueba en derecho cuando no es refutado concienzudamente por la contraparte, ante lo que el actor jurisdiccional otorga cinco (5) días a quien estimó para las pruebas a que haya lugar.

Esa misma norma trasuntada fue reformada parcialmente por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, en el que se aduce que el parágrafo del artículo 206 del

Código General del Proceso (2012) se establece indicando que si la cantidad estimada sobrepasa el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia existente entre aquello que se ha estimado y lo efectivamente probado.

Con base en lo descrito, se observa que el juramento estimatorio en el Código General del Proceso (2012) mantiene, como característica general, las bases de su obligatoriedad para la indemnización, compensación, frutos y mejoras y en cuanto a su razonabilidad; pero, en adición, la estimación debe discriminar cada uno de los conceptos valorados; cuando se impone en la nueva legislación esta figura probatoria. Comenta Rojas (2013) que la falta de juramento estimatorio en caso de necesidad, evidenciaría el hecho de que no se admita la demanda o de que se exija al demandado que lo haga.

Además, la norma indica que, de manera recíproca, la objeción —en caso de haberla— deberá ser razonada, delimitando la inexactitud atribuida, a fin de evitar dilaciones injustificadas. De igual manera, la norma otorga a quien realizó la estimación un término moderado de cinco (5) días (como período de prueba) y establece, de manera expresa, que la misma no opera para perjuicios extra-matrimoniales, ni cuando el reclamante sea incapaz.

Por otro lado, se establece el valor estimado bajo juramento como el monto límite del reconocimiento de la pretensión con dos excepciones, a saber: (i) que los perjuicios a los que haya lugar se hayan generado posteriormente a la presentación de la querrela y (ii) cuando el juramento sea refutado por la parte contraria.

Sobre este punto, Gil (2013) critica la redacción del referido artículo 206 del Código General del Proceso⁷⁵ (2012) que desde el primero de enero de 2014 sustituyó al artículo 10 de la Ley 1395 de 2010; pues aquel se refiere al reconocimiento de sumas por daños para hablar sobre la cuantía de los perjuicios, ignorando la diferencia entre daño y la cuantificación del perjuicio o, como mencionó la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-197 de 1993: el resarcimiento del perjuicio debe corresponderse directamente con la magnitud del daño causado.

Cabe destacar que en la mencionada disposición normativa se mantiene la figura de la multa (10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada), de acuerdo con el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil (1887) y antes de la modificación de la Ley 1395 de 2010 y, asimismo, se impone cinco por ciento

(5%) del valor que se pretende, al negar las solicitudes ante la falta de prueba de los perjuicios. Sin embargo, se observó que la sanción mencionada ya no se fija a favor de la contraparte, sino del Consejo Superior de la Judicatura: Dirección de Administración judicial.

No puede soslayarse que, según la Sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional —en la ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo— declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, entendiendo que esa sanción (ante la ausencia de comprobación de los perjuicios) no resulta procedente cuando la causa se imputa a fundamentos ajenos a la voluntad de la parte, muy a pesar de que en su acción haya sido diligente.

Sobre este punto, la doctrina afirma, en términos de Nisimblat (2013), que en el caso previsto en el mencionado parágrafo, además de los gastos del proceso, al litigante vencido se le condenará a pagar el 5% de lo alegado a título de indemnización, frutos, mejoras o compensación, lo cual supone que siempre que una pretensión patrimonial resulte inatendida, tendrá como causa inexorable la culpa del demandante, lo cual atenta desde todo punto de vista contra las figuras denominadas, en derecho: “presunción de inocencia y el debido proceso”.

2. Proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual por Accidentes de Tránsito

En términos generales, la indemnización constituye una compensación en virtud del daño soportado, definiéndose este como el detrimento de las potestades jurídicas de un individuo para el goce de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Al efecto, Pittier (2007) señala que la responsabilidad extracontractual comprende los postulados de la indemnización de los daños ocasionados ante el incumplimiento de una obligación, incluso ante la inexistencia de algún nexo previo o de ninguna contratación entre la víctima y el agente del daño.

Esa misma responsabilidad civil extracontractual también es denominada como responsabilidad civil delictual, aquella denominada como responsabilidad cuasidelictual, término que ha desaparecido al entender como hecho ilícito el daño causado intencionalmente y aquel devenido de la simple culpa, con lo que se elimina la diferencia entre delitos y cuasidelitos.

En igual sentido, según el tratadista Tamayo (2011), el daño puede ser objeto de indemnización cuando —de manera ilícita— es originado por un sujeto

diferente a la víctima, se requiere entonces que quien reclame la indemnización sea la persona que resultó afectada y, a su vez, que el bien moral o económico disminuido o suprimido esté amparado por el orden jurídico. En este punto, cabe preguntarse ¿Qué papel juega la indemnización dentro de los procesos de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito?

En cuanto a la naturaleza del daño se han manejado diversos criterios. Con la intención de resolver el anterior planteamiento, es necesario señalar que la responsabilidad civil deriva de hechos dañosos para el hombre, las personas y/o las cosas a su cargo que, de forma directa o indirecta, afectan a un tercero para el que surge la obligación resarcitoria. La arista extracontractual de este aspecto, llamada también *aquilliana*, implica que la conducta generadora del perjuicio no deviene de situaciones contractuales. Dentro de este marco conceptual, se encuentran enlistadas actividades peligrosas cuyo fundamento jurídico yace en el artículo 2356 del Código Civil (1887).

Cabe destacar que, en Colombia, de acuerdo con lo que se infiere de Tamayo (2011), se entiende por actividad peligrosa aquella de la que, una vez desarrollada su estructura o su comportamiento, se derivan mayores daños de los que normalmente está en disposición de soportar un hombre; en este sentido, los efectos de la actividad se perciben sin control, en razón de la generación de energía y movimiento, ante la expectativa de los efectos del fenómeno o ante la posibilidad de destrozamiento de quien tiene sus elementos.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Civil, en la Sentencia del 26 de agosto de 2010, precisa que una actividad peligrosa, de ese tipo, «(...) aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños» (p. 173).

Este tipo de actividad también es la que, en razón de la manipulación de cosas o ante la ejercitación de alguna conducta específica que lleva ínsito, inherente, esencial, el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona con respecto a otra, como recientemente lo registró esta misma sala en la Sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315.

Desde esa perspectiva y, sin lugar a dudas, la conducción de automotores constituye una actividad peligrosa, por cuanto su ejercicio comporta —en sí mismo— un riesgo. Las actividades consideradas peligrosas en el artículo 2356

del Código Civil (1887), por un lado, no son taxativas y, por otro, huelga decir que fueron descritas hacia el siglo XIX, por lo que jurisprudencial y doctrinariamente —en la actualidad— se encuentran muchas otras actividades que podrían ser consideradas entre la tipología de las acciones citadas.

Resulta relevante señalar que la conducción de automotores en Colombia se encuentra regulada por el Código Nacional de Tránsito (2002), en su artículo 2do, Ley 769 de 2002, inciso 4to, en el que se describe el accidente de tránsito como un evento, casi siempre involuntario, ocasionado por un vehículo en movimiento y que puede ocasionar perjuicios físicos o materiales a personas y bienes involucrados en él; es decir, con su ocurrencia puede perjudicar la normal circulación de otros vehículos en la vía en la que tuvo lugar el accidente o en los parámetros de influencia del hecho.

En esta clase de acontecimientos, la víctima debe demostrar el daño o el hecho generador de las responsabilidades a que hubiere lugar, pues en ese evento se presume la culpa; en estos casos, el demandado se exonera al probar que fue una causa extraña la que originó el impacto (hecho de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero). Al efecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 5854 de 2014, adopta reiteradamente el criterio, al interpretar la norma encuadrando el ejercicio de las actividades peligrosas bajo la denominada presunción de culpabilidad en cabeza del ejecutor de la misma, o de aquel que legítimamente es su titular, como guardián jurídico de la cosa.

Asimismo, según el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la Sentencia del 26 de agosto de 2010, ante estos hechos se protege a la víctima absolviéndola de demostrar la responsabilidad en el hecho causante del daño, cuya compensación reclama por vía de juicio. Esto encuentra su razón en la carga que la misma sociedad le impone al sujeto que se beneficia o se lucra y no con respecto al riesgo que se crea con su empleo.

En estos casos, el ofendido solamente debe acreditar la existencia del perjuicio y su relación de causalidad entre los hechos acontecidos y la conducta del autor, pudiéndose eximir de la culpa solo con la demostración de que el hecho haya ocurrido por caso fortuito o por fuerza mayor, por culpa exclusiva de la víctima o por la intervención de terceros. Luego la estimación juramentada de la indemnización constituye un aspecto categóricamente fundamental en la demanda verbal de responsabilidad civil extracontractual por accidente de tránsito, pues básicamente es la pretensión principal de la *litis* promovida al ser

una manera de obtener la reparación del daño patrimonial acaecido, al que por regla general se recurre buscando el pago de un capital como equivalencia de los perjuicios irrogados.

Ahora bien, las que se debe tener presente en el momento de cuantificar perjuicios que son resultado de un accidente de tránsito son las variables fácticas que pueden originar complejidades diferentes, de acuerdo con lo que se infiere de los planteamientos de Núñez (2008) y dependiendo del caso puntual. Estas variables, entre muchas, podrían ser:

1. Edad, profesión u oficio de la víctima.
2. Condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se presentó el hecho.
3. Núcleo familiar de la víctima.
4. Impacto presente y futuro del daño sufrido.
5. Participación de las partes involucradas en el hecho dañoso.

En relación con las primeras variables, la importancia recae en cuantificar la repercusión directa o indirecta que tiene el daño sufrido ante la expectativa de vida y ante el desarrollo del oficio de la víctima, tal como lo expresa Fernández (2010). Las segundas variables permitirán establecer el tiempo exacto del que se deberá partir para establecer los valores indemnizables y el valor agregado que podría llegar a tener el hecho de que la acción generadora del perjuicio se haya dado bajo circunstancias que agravaran la conducta punible del victimario (estado de embriaguez, restricción de pico y placa, observaciones en la licencia de conducir del posible responsable del hecho dañoso etc.).

Asimismo, la tercera variable permite hacer extensivo el radio de aplicación de la indemnización frente al deceso de una persona en consecuencia de un accidente de tránsito y el lucro cesante que podría dejar de percibir su familia en su ausencia. La cuarta variable citada abarca lo concerniente al lucro cesante, al daño emergente y a su correlación con la cuantificación de la indemnización, de la compensación, de los frutos y de las mejoras.

Esta última resulta ser de mucha importancia, ya que permitiría —tanto al demandado como al juzgador— evaluar si en la ejecución del hecho punible generador del daño hubo alguna participación de la víctima que permitiera inferir que esta fue la verdadera causante de la acción o si existió alguna coparticipación; con lo anterior se busca determinar si hay culpa de la víctima o concausa, también llamada concurrencia de culpa; lo que traería consigo: o la exoneración de responsabilidad frente al demandado, o una disminución porcentual de la

condena por parte del juez.

De ahí que el legislador haya dotado al juez de concesiones discrecionales para regular la cuantificación de los daños cuando advierta que es notoriamente injusta, ilegal, o cuando sospeche que hay fraude, complicidad o cualquier otra situación similar, aun cuando la estimación no haya sido objetada. Esto se convierte en un llamado jurídico a los demandantes y/o a los apoderados para que sean conscientes en el momento en el que hagan el juramento y para que dejen de lado la arbitrariedad y la codicia.

Con respecto a esto, Mendoza (2015) señala que la jurisprudencia contencioso-administrativa basa en tres principios la orientación del cumplimiento de las funciones fundamentadas en la discreción judicial: equidad, razonabilidad y reparación integral; estos criterios le exigen al decisor un grado de balance entre la situación valorada y otras que hayan sido reconocidas con antelación. De otro modo, pueden erigirse decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.

El concepto de ‘razonabilidad’ imperante en el estado social de derecho no evidencia vestigios de carácter emocional. Para que una decisión resulte razonable, no puede fundamentarse en las emociones del actor judicial que se manifiesten como la respuesta adecuada respecto al asunto del que se trate. La discrecionalidad no debe ser injusticia. Tampoco se permite que el juez actúe con falta de racionalidad o de razonabilidad.

Por otro lado, se debe atender —en cuanto a la discriminación de cada uno de los conceptos— que el artículo 1613 del Código Civil (1887) señala que la indemnización alcanza el daño emergente y el lucro cesante. Lo expuesto implica hacer el juramento estimatorio, el cual trae consigo la clasificación detallada de la indemnización, la compensación, los frutos y las mejoras que pretendan ser reconocidas por el juzgador.

En igual sentido, el artículo 1614 (ibidem) señala que el daño emergente se constituye cuando existe perjuicio o desventaja económica causada por el incumplimiento de la obligación, por su imperfección o por el retraso de su cumplimiento; por su parte, el lucro cesante, la ganancia o provecho dejado de percibir por no haberse cumplido con la obligación o por su imperfección o retardo.

Al respecto, Tamayo (2011) anota que existe daño emergente, cuando aquellos bienes en dinero, cosas y servicios se deducen de los bienes de la víctima; por el

contrario, hay lucro cesante cuando aquel bien que pudiera haber ingresado en la vida cotidiana de la víctima, no ingresó ni ingresará en su patrimonio, mermándose el mismo.

De manera que el juramento estimatorio de una indemnización deberá comprender valores exactos en cuanto al lucro cesante y al daño emergente. Valores que no sean generales para uno u otro concepto, y en cada uno de ellos deberán pormenorizarse los diferentes aspectos que la integran. Así, por ejemplo, los dineros invertidos o que se requiera invertir para la reparación del vehículo — en este caso de estudio— serán incorporados como daño emergente y deberá establecerse a qué arreglo, reparación y/o adquisición de piezas corresponde a cada emolumento.

Igualmente, en el supuesto de que el automotor de la víctima transporte pasajeros o mercancía y esa sea la actividad que genera ingresos al demandante, deberán tenerse como lucro cesante los dineros dejados de percibir mientras el vehículo haya estado paralizado a causa del accidente de tránsito conforme con lo que usualmente se percibe por tal actividad.

Cabe destacar que el juramento estimatorio es prueba en sí mismo, lo que implica que no requiere de ningún otro medio demostrativo para sustentar su validez o para ser reforzado en manera alguna. Tal aseveración se infiere del artículo 206 del Código General del Proceso (2012), en el que se señala que dicho monto hará prueba de su valor mientras no sea objetado. Sobre el particular, López (2013 p.49) señala que no resulta necesario alegar o solicitar probanzas para darle basamento legal al juramento estimatorio ya que eso sería como la exigencia de la prueba de la prueba, como tampoco lo es para objetar el mismo.

Metodología de Estudio

Esta investigación se encuadra en un tipo de estudio documental, interpretativo y analítico enmarcado en el paradigma cualitativo que —de acuerdo con el criterio de Finol y Camacho (2006)— se define como aquel que trabaja a partir de la recopilación de información por medio de documentos escritos o digitales, siendo analizada de acuerdo con los criterios del investigador y con su lógica.

A la vez se utilizó un diseño documental bibliográfico y de textos o referencias electrónicas. Por otro lado, se utilizó la técnica de la observación documental para la recolección de datos, con lo que se pudo hacer la revisión de los textos

y documentos digitales recolectado con el ánimo de examinarlos, analizarlos e interpretarlos, y con fin de lograr la indagación propuesta y de dilucidar los contenidos dados.

De igual forma, para la interpretación de los datos recabados en este estudio, se aplicó la dogmática y la hermenéutica jurídica, para abordar la interpretación que se realiza de las figuras jurídicas, gracias a las que se puede contrastar el significado de las temáticas seleccionadas para el investigador, de acuerdo con su experiencia, con su lógica, con su real saber y entender, y con lo establecido explícita o implícitamente en los documentos revisados.

CONCLUSIONES

La aplicación del juramento estimatorio en los procesos en los que se pretenda indemnización, compensación, frutos y mejoras, ha sido un acierto, como creación legislativa; no obstante necesita modificaciones puntuales que perfeccionen su propósito. Ello, porque esta figura jurídica le permite al juzgador hacer una valoración previa a esa prueba a partir de su admisión y, de esta manera, precisar cuáles son los argumentos que respaldan las pretensiones de la demanda.

Otro beneficio que esta prueba ofrece al administrador de justicia, es que — en razón de su minuciosidad— coacciona al demandante a que al momento de tasar lo pretendido, se ajuste a la realidad, siendo racional, lógico, exacto, para no convertir en una simple suposición o expectativa utópica aquello que se pretenda alcanzar.

Por otra parte, el juramento estimatorio facilita que los agentes en conflicto — antes de proseguir un arduo camino litigioso— puedan valorar la posibilidad de conciliar, tomando como punto de referencia las pretensiones que han sido debidamente sustentadas a través de esa herramienta judicial que ubica a las partes en lo que en realidad se exige.

No obstante y sin lugar a dudas, el óbice subyace en el conocimiento especializado que debe tener el abogado para saber cuantificar lo pretendido en la demanda a través del juramento estimatorio (indemnización, compensación, frutos y mejoras); caso contrario deberá imperiosamente acudir a los servicios técnicos o profesionales de alguien más para constituir en debida forma la prueba, cada vez que requiera presentar una demanda Verbal Declarativa de Responsabilidad Civil Extracontractual en la que se haga obligatoria, lo que incrementaría los costos

para acceder a la administración de justicia.

Sin embargo, es posible evidenciar en algunos casos que lo anterior pudiera constituirse en una vulneración directa de los principios del acceso y la desformalización referida en artículo 12 de la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso); ya que pudiera dificultar el acceso al aparato judicial, imponiendo trámites que —en algunas oportunidades— dificultarían el cumplimiento de esas normas generadoras de derecho y de obligaciones.

De allí que se evidece la necesidad de que el estado cree establecimientos interdisciplinarios —con expertos— que brinden a la comunidad en general la información, capacitación y ayuda para la elaboración correcta del juramento estimatorio de forma gratuita, lo que vendría a representar una ayuda idónea al juzgador, ya que este tendría bases sólidas y confiabilidad en esta prueba y menor desgaste; a su vez, evitar el decreto oficioso de pruebas que le ayuden a corroborar lo establecido allí.

Entonces, debe concluirse que un juramento estimatorio debe ser razonable, lógico, demostrable y detallado para que tenga la claridad suficiente para llevar a la convicción al juez. En efecto, lo tasado equivale a los perjuicios patrimoniales ocasionados a la víctima y está sujeto a refutación y regulación como cualquier otro elemento demostrativo.

Debe entenderse que las pruebas son instrumentos y que, como tales, deben saber usarse conforme al propósito de quien las maniobra, pues el solo hecho de tener tal denominación no implica —*per se*— que se logre su cometido. El cumplimiento de su finalidad depende en gran medida de que quien hace uso de ella, lo haga apropiadamente.

Es así como el juramento estimatorio acomete con mayor vigor en la esfera judicial, a fin de facilitar la demostración de los perjuicios en los procesos de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito y a través de la apreciación cautelosa de la indemnización. Empero, como quedó visto, no se trata de una simple descripción cuantitativa de los daños patrimoniales, sino de discriminar los daños de manera razonada y explícita en cada uno de sus competentes, lo que implica una labor pormenorizada del demandante y/o su apoderado judicial, a fin de que dicho monto sirva como estimación base de una eventual condena.

Con base en lo planteado, ha de enfatizarse que, siendo la indemnización la principal pretensión de la *litis* dentro de un proceso de responsabilidad civil

extracontractual por accidente de tránsito, y dado que es a cargo de la víctima que recae la demostración del perjuicio y del hecho dañoso. En este sentido, el solo hecho de que se trate de una actividad peligrosa hace presumir la culpa a cargo del ejecutor y/o propietario del vehículo, tal como se establece en la Ley 769 de 2002; de allí que el juramento estimatorio se torne fundamental, ya que constituye plena prueba respecto a la estimación resarcitoria, resultando determinante en la decisión de fondo en el evento de una sentencia condenatoria.

Pero dicha estimación juramentada solo será concluyente en la medida en que se surta en la demanda y conforme a los parámetros fijados por la norma (artículo 206 del Código General del Proceso, 2012); para ello, debe ser racional, lógica, demostrable y detallada en relación con cada uno de sus conceptos, ya sea indemnización, compensación, frutos o mejora, tal como se establece en el mencionado texto legislativo.

Esta racionalidad se materializa en la medida en que la evaluación cuantitativa sea proporcional al daño material; es decir, que lo estimado corresponda realmente a la pérdida y/o menoscabo patrimonial de la víctima, o sea lo más cercano posible, de ahí que deba ser explícito y riguroso. El perjudicado sabe lo que perdió y está obligado a hacer conocer dicha circunstancia al juez y a la contraparte en la demanda.

Sin lugar a dudas, la norma no impone ninguna formalidad, pero sí las pautas antes dichas. Asimismo, la valoración del daño debe atender la realidad del detrimento patrimonial, no puede ser excesivo, porque no se trata de buscar provecho sino una reparación. No consiste en una oportunidad de obtener utilidad o una oportunidad para enriquecerse injustamente, pues ello es jurídica y moralmente inadmisibile.

En síntesis, este medio demostrativo es legítimo por sí sólo y no requiere ningún otro sustento, pero se sugiere en este estudio atender a su efectividad, la cual estará dada por su correcta estructuración y por una ajustada valoración económica del daño cuya indemnización se reclama; además de atender a la intervención idónea del estado, que debe orientar las instrucciones necesarias que cooperen con la eficaz elaboración del juramento estimatorio.

Trabajos Citados

Fernández Sassarego, C. (2010). El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia

-
- de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e
- Forero Silva, J. (2013). *El juramento estimatorio como medio de prueba de la cuantía reclamada*. Bogotá: Universidad Javeriana de Colombia. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/noti-130417-07-el-juramento-estimatorio-como-medio-de-prueba-de-la-cuantia-reclamada>
- Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. VI Edición. Bogotá: Ediciones Temis.
- López Blanco, H. F. (2010). *Reformas al Código de Procedimiento Civil*. Bogotá: Dupré Editores.
- López Blanco, H. F. (2013). *Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 Normas Vigentes*. Bogotá: Dupré Editores.
- Mendoza Z., J. C. (2015). *Cuantificación de daños y perjuicios. Elaboración y sustentación del dictamen pericial por daños y perjuicios. Juramento estimatorio*. Recuperado de http://indemnizacionesjudiciales.blm.com/2015/04/linea-jurisprudencial-del-consejo-de_9.html
- Núñez, V. M. (2008). *Responsabilidad civil. Daños y perjuicios*. Corte Suprema de Justicia: División de Investigación, Legislación y Publicaciones Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ). Recuperado de http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Responsabilidad_Civil_Da%C3%B1os_y_Perjuicios.pdf
- Quintero Pérez, M. I. (2016). *El juramento estimatorio en el Código General del Proceso*. Universidad Libre de Colombia. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Procesal-y-Disciplinario/el-juramento-estimatorio-en-el-codigo-general-del-proceso?CodSeccion=1>
- Nisimblat, N. (2013). *Sobre el juramento estimatorio en el Código de Procedimiento Civil y en el Código general del proceso*. Bogotá: Universidad de Los Andes. Recuperado de http://www.academia.edu/7285773/juramento_estimatorio_-art._206-_en_el_c%C3%93digo_general_del_proceso_ley_1564_2012_nattan_nisimblat
- Pittier Sucre, E. (2007). *Curso de obligaciones. Derecho Civil III. Tomo III*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Rojas Gómez, M. (2013). *Código General del Proceso Comentado*. Bogotá: Ediciones Luz.
- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Tomo I & II*. Bogotá: Legis.
- LEYES Y NORMAS**
- Congreso de la República de Colombia (1887). *Código Civil. Ley 57 de 1887*. Recuperado de http://leyes.co/codigo_civil/2356.htm
- Congreso de la República de Colombia (1970). *Decreto 1400 (6 de agosto de 1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Diario Oficial Bogotá, D.C., No. 33.150. Recuperado de http://leyes.co/codigo_general_del_proceso.htm

Congreso de la República de Colombia (2002). Ley 769 del 6 de agosto de 2002. Diario Oficial número 44.893 del 7 de agosto de 2002. Código Nacional de Tránsito Terrestre. Recuperado de <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=181>

Congreso de la República de Colombia (2010). Ley 1395 (12 de julio del 2010) Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial, Bogotá, D.C. No. 2010, 47768. Recuperado de http://leyes.co/codigo_general_del_proceso.htm.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564 (12 de julio del 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá, D.C. 2012 No. 48489. Disponible en http://leyes.co/codigo_general_del_proceso.htm

Congreso de la República de Colombia (2014). Ley 1743. (26 de diciembre del 2014). Por medio de la cual se establecen alternativas de financiamiento para la Rama Judicial. Diario Oficial, Bogotá D.C. No. 49428.

SENTENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-197. Resarcimiento del perjuicio. [MP: Antonio Barrera Carbonell].

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2010). Sala de Casación Civil. (26 de agosto de 2010). Referencia del Expediente: N° 4700131030032005-00611-01. [MP: Ruth Marina Díaz Rueda].

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2001). Sala de Casación Civil. Sentencia 6315 del 23 de octubre de 2001. Ref. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Ref. Expediente N° 6315.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-157 de 2013. Referencia del expediente: D-9263. [MP: Mauricio González Cuervo].

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2014). Sala de Casación Civil. Sentencia 5854 de 2014. Referencia: C-0800131030022006-00199-01. [MP: Margarita Cabello Blanco].

DIMENSIÓN PSICOLÓGICA DE LA MORAL EN LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS¹

CÓRDOBA PEREA, Deyner Andrés²; ESCOBAR BEDOYA, Estefanía³; CASTRO OSSA, Mayra Alejandra⁴; JURADO URÁN, Carlos Andrés⁵; GRANADA DE ESPINAL, Luz Amparo⁶.

RECIBIDO: 16 de marzo de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

La moral —como concepto— tiene diferentes acepciones de acuerdo con la función que cumple en la sociedad, esta ha sido estudiada desde áreas como la teología, la sociología, la psicología, el derecho, entre otras. Desde el campo jurídico, se puede decir que la moral es un referente para la creación de normas y para el ejercicio del derecho como herramienta fundamental para resolver situaciones jurídicas; además, desde una apropiación psíquica, este concepto está relacionado con la capacidad que tienen los seres humanos para introyectar las reglas y para hacer uso de ellas como principios que orienten la buena voluntad del deber ser y de la formación del jurista. En esta misma línea, se puede deducir que la moral es un principio orientador del comportamiento jurídico y psicológico en el que las reglas y las normas se consolidan para generar una praxis ética y responsable subyacente al desarrollo armónico de una sociedad, en la que el sentido de tolerancia, justicia, equidad y reciprocidad estén presentes en todas las cosmovisiones del ser humano.

PALABRAS CLAVE: Moral, sociedad, derecho, resolución de conflictos, psicología.

1 Semillero Derecho Privado de la Universidad Católica Luis Amigó (Medellín).

2 Psicólogo, estudiante de la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia del Universidad Católica Luis Amigó deyco901018@hotmail.com

3 Estudiante del décimo semestre de Psicología de la Universidad Católica Luis Amigó, estefa.8413@gmail.com

4 Estudiante del primer semestre de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó, mayra.castroosa@amigo.edu.co

5 Estudiante del décimo semestre de Psicología de la Universidad Católica Luis Amigó, carlos.a.jurado@hotmail.com

6 Coordinadora del Semillero de Derecho Privado Universidad Católica Luis Amigó, luzgranada@gmail.com

Abstract

Morality —as a concept— has different meanings, which imply an approach to the function that it fulfills in society, as the term has been studied from areas such as theology, sociology, psychology, law, among others. From the legal field one can say that this is a reference for the creation of norms and the exercise of law as fundamental elements to resolve legal situations; also, from a psychic appropriation, this concept derives of the ability of human beings to introject the rules and make use of them as principles that guide the good will of duty and the formation of the jurist. In this same line, it can be deduced that morality is a guiding principle of legal and psychological behavior and that rules and norms are consolidated to generate an ethical and responsible praxis that underlies the development of a society where the sense of tolerance, justice, equity and reciprocity are present in all the cosmovisions of the human being.

KEY WORDS: Moral, society, law, conflict resolution, psychology.

Introducción

A lo largo de la historia, el hombre ha estado permeado por ideologías —con base moral— que han fundamentado los cimientos para muchas de las normas actuales. Desde los inicios de la sociedad, diferentes disciplinas han estudiado la moral en relación con la importancia que tiene en el colectivo y a nivel social e individual, lo que ha favorecido la búsqueda de conductas pro-sociales desde una construcción comunitaria fundamentada en el deber ser que limita la conducta natural; por lo tanto, las instituciones (el estado, la religión, la escuela, la familia, entre otras) han generado normas o leyes, mecanismos que permiten el cumplimiento de ese deber ser emancipatorio, que alimenta el sentido de justicia y va en pro de la sociedad.

En este sentido, la moral se puede entender como una construcción social que regula la conducta externa de las personas a partir de reglas y normas sujetas a un sentido de justicia y de reciprocidad dentro de la sociedad. Desde el campo jurídico, se puede decir que la moral es un referente para la creación de normas y para el ejercicio del derecho, los cuales son los elementos fundamentales para resolver situaciones jurídicas; además, desde una apropiación psíquica, este concepto se deriva de la capacidad que tienen los seres humanos para

introyectar las reglas y para hacer uso de ellas como principios que orientan la buena voluntad del deber ser y de la formación del jurista.

La necesidad de formación del jurista debe estar sujeta a una conciencia moral que tenga como base una praxis socialmente responsable; es decir, como profesionales, es necesario aplicar la norma desde la discrecionalidad judicial, aspecto que le permite al juez actuar con cierta libertad desde una solvencia moral equiparable a la corresponsabilidad y que implica una interpretación justa de la norma como mecanismo de resolución de conflictos.

Este artículo pretende dimensionar la importancia de la moral en el ejercicio jurídico, como elemento fundamental para la resolución de situaciones jurídicas subyacentes a problemáticas sociales que están relacionadas con la conducta moral y con el deber ser de la sociedad; su desarrollo tiene el propósito de contribuir al conocimiento académico de las ciencias sociales, generando una reflexión sobre la moral como constructo social y sobre la incidencia que esta tiene en la formación del jurista.

Metodología

El método implementado en este ejercicio de investigación cualitativa se desarrolló desde la técnica de exploración documental, con la que se hizo un análisis sistemático de la información de algunos artículos científicos, investigaciones académicas y doctrinas jurídicas relacionadas con el abordaje del concepto de la moral en el ámbito social y con sus implicaciones en el ejercicio del derecho. En este sentido, es importante resaltar que —dado el tema escogido— la interdisciplinariedad es un elemento importante que forma parte del desarrollo del tema; por tal motivo, se tuvo en cuenta el estudio de teorías psicosociales en la matriz investigativa.

La Construcción Moral de la Sociedad: una Perspectiva Jurídica y Psicosocial

Históricamente, Colombia ha estado permeada por diferentes ideologías (religiosas, políticas, sociales, entre otras) que, a su vez, han generado conflictos y han establecido las bases para muchas de las normas que rigen nuestra sociedad, como pactos sociales —que suelen tener un constructo más moral que jurídico— o costumbres e ideas que son aceptadas como una verdad colectiva.

La moral, como concepto, tiene diferentes acepciones que implican un abordaje sobre su función en la sociedad, ha sido estudiada desde áreas como la teología, la sociología, la psicología, el derecho, entre otras; estas se han interesado por definir la relación que la moral tiene con el colectivo socio individual en el que la adquisición de la misma se da a partir de la interacción a nivel socio cognitivo: entre la estructura interna del ser humano (psiquismo) y el deber ser que es regido por las normas y costumbres que lo preceden.

Desde una postura filosófica,

la moral es el conjunto de normas y comportamientos que tú, yo y algunos de quienes nos rodean solemos aceptar como válidos; mientras que la ética es la reflexión sobre por qué los consideramos válidos y la comparación con otras morales que tienen personas diferentes (Savater, 2004, p.55).

Por su parte, la psicología y sus estudios refieren que «Toda moral consiste en un sistema de reglas y la esencia de cualquier moralidad hay que buscarla en el respeto que el individuo adquiere hacia estas reglas» (Piaget, 1987, p. 9). Desde esta misma línea, se puede deducir que la moral es un principio orientador del comportamiento jurídico y psicológico en el que las reglas y las normas están consolidadas para generar una praxis ética y responsable que sea subyacente al desarrollo armónico de una sociedad en la que los principios de tolerancia, justicia, equidad y reciprocidad estén presentes en todas las cosmovisiones del ser —humano—.

De igual forma, la moral —desde su pragmatismo epistemológico— se ha interesado por evaluar la conducta, lo que caracteriza el deber ser del individuo en sociedad y por lo que establece una relación a nivel ideológico con la ética, la filosofía y la axiología; esta relación converge en el pensamiento y en el comportamiento de los seres humanos, lo que ha hecho que sea muchas veces objeto de estudio a nivel conceptual.

Por un lado, la ética se ocupa especialmente de las obligaciones; por el otro, la moral tiene que vérselas con el bien y con su necesario correlato: el mal. En otras palabras, a la ética se le atribuye una vocación nomológica, mientras que a la moral se le asigna una tarea mucho más evaluativa. Es como si para el ejercicio de la moral fuese necesario el previo establecimiento del criterio para sentar el juicio (...). La moral se encargaría de evaluar las acciones humanas concretas, en el aquí y en el ahora. El Diccionario deja entender, por lo demás, que la moral se sitúa en el espacio público, el de la acción humana. (Sampson, 1998, p. 81).

Es importante entender que la moral es una construcción social que está fundamentada en costumbres, principios, creencias y valores, los cuales se transmiten de forma atemporal, de generación en generación, permitiendo que se pueda configurar la regulación de la conducta humana y la cognición misma como estrategias para fortalecer la convivencia y el ordenamiento social; esto —a su vez— incide en el individuo como un modo de formación subjetiva y comportamental que suele ser necesario para los mecanismos de resolución de conflictos, como en el caso del arbitraje, en el que la decisión jurisdiccional se vincula con la moral individual de las partes generando un equilibrio jurídico que obedece al deber ser de los convocantes y convocados en un proceso.

Es necesario destacar que la moral limita y prohíbe la conducta natural del ser humano, enmarcándola en un deber ser, que se entenderá aquí como la reglamentación de la conducta natural desde principios normativos y morales que son aceptados socialmente e impuestos por instituciones, como el estado, la religión, la escuela, la familia, entre otras; estas instituciones se consolidan con la prohibición de aquello que consideran que no hace parte de la razón ni del orden.

Durante la evolución de la especie humana, a través de su historia, se ha visto como, desde un principio, las leyes y normas que han regido su convivencia y determinado de alguna manera su comportamiento, han sido de carácter prohibitivo, sublimatorio y subyugatorio. Si bien sabemos que estas leyes impuestas y creadas por el mismo ser humano tienen un fin, como lo es la armonía dentro de su clan, grupo o sociedad (Oquendo, Córdoba & Rivera, 2012, p.1).

De acuerdo con lo anterior, las instituciones representativas de la moral generan —desde su posición de autoridad— mecanismos como leyes o normas que logran establecer en el psiquismo del individuo un sistema de recursos sociales, emocionales, vivenciales, académicos, entre otros; los cuales objetivan una conciencia y un juicio moral a partir del sentido de justicia, como estrategia que orienta a los individuos a ser responsables moralmente.

Para decidir si un precepto es moral o no debemos examinar si presenta o no el signo externo de la moralidad; este signo consiste en una sanción represiva difusa, es decir, en una censura de la opinión pública que venga toda violación del precepto. Cuando estemos en presencia de un hecho que muestre este carácter, no

tendremos derecho a negarle el calificativo de moral; porque es la prueba de que comparte la misma naturaleza de los otros hechos morales (Durkheim, 2001, p. 84).

En este sentido, se puede decir que la moral se establece en relación con la integración de los aspectos sociales en el ámbito individual, lo que permite la socialización del individuo dentro de un contexto; sin embargo, es en la identificación de la demanda externa del otro, donde el individuo puede nombrarse en la cultura; por consiguiente, se puede decir que las normas establecidas en un contexto específico son introyectadas en el sujeto y que, a su vez, le permiten ser consciente de su propia moral.

Se parte de la idea de que el hombre es un ser social, pues nace, crece, se desarrolla y hasta muere dentro de la sociedad y es bien dicho que ella —la sociedad— es quien da origen a la moralidad y está a su vez, a la ética como reflexión de la vida moral. Por lo tanto, la dimensión moral y ética de las normas está delimitada a la voluntad y el conocimiento del hombre (Jalomo, 2012, p. 162).

El desarrollo de la moral —como construcción socio-individual— se da en la interacción y adquisición del lenguaje colectivo con las exigencias de unas costumbres ya establecidas, es así que la apropiación de esta tiene una influencia directa en el psiquismo del sujeto y desemboca en una función vinculante con la sociedad; es decir, el constructo moral de un individuo implica un intercambio de saberes que tiene un fin cultural que se moviliza desde una conciencia moral. «La conciencia moral es la consecuencia de la renuncia de lo pulsional; de otro modo: La renuncia de lo pulsional (impuesta a nosotros desde afuera) crea la conciencia moral, que después reclama más y más renunciaciones» (Freud, 1930, p. 124).

La formación de la moral se da gracias a la medida del otro y se superpone al sujeto en cuanto a su desarrollo individual, unida a las renunciaciones que este ejerce para la internalización de lo social. Se reconoce al yo como una instancia autónoma que impone el principio de realidad; asimismo, aparece la instancia del superyó, como aquella autoridad externa del sujeto en la que se formalizan las demandas de la cultura y en donde —en últimas— el sujeto evidencia la moral social.

Se puede hablar entonces de conciencia moral cuando ya hay una instauración de la norma, es decir, cuando ya el sujeto identificó e interiorizó la moral dada desde la autoridad externa, con la que se mueve en el mundo y permite la regulación de su propia conducta frente a las diferentes situaciones que se puedan presentar

en el transcurso de la vida. La moral, por tanto, juega un papel muy importante en la formación del sujeto, puesto que constituye el aporte cultural en sí para el psiquismo, por el cual puede ilustrar su desarrollo individual que se extiende al fin de la moral social.

La construcción social de la moral es, sin duda, un procesamiento de información de la sociedad, en el que el psiquismo colectivo confluye con el psiquismo individual, elaborando procesos subjetivos que pueden ser conflictivos con la razón o con los cambios sociales. Este proceso irracional y racional de la moral configura el tejido social desde diferentes ámbitos institucionales, entendiendo que hace referencia a procesos de socialización que nutren de forma colectiva la identidad moral y la percepción de los sujetos, con lo que el individuo logra identificarse con ideologías o posiciones convencionales que tienen como finalidad anteponerse a las adversidades y el propósito de establecer el cumplimiento de los derechos humanos como ejercicio fundamental para reglamentar las respuestas instintivas que sean amenaza y/o que vulneren las normas fundamentales de una sociedad o de un individuo.

El derecho, al igual que la moral, tiene como función instaurar deberes y normas que van encaminadas a fortalecer la convivencia social de un individuo con un conglomerado social, un conglomerado en el que la libertad y el sentido de justicia hacen parte de la construcción moral; es así que esta ciencia (el derecho), con el pasar de los años, ha tenido una transformación en materia de su significado.

En relación con lo anterior, se puede resaltar que el derecho —entre otras disciplinas científicas— ha evolucionado desde su acepción, permitiendo que su praxis sea premiada por lo social y por lo moral, sin desvirtuar la norma como eje central de esta y en función a la resolución de conflictos.

Según la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia No. C-224/94: No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.

Se hace necesario enfatizar en que los principios morales guardan una especial relación con las normas jurídicas y con los convencionalismos sociales, ya que estos son pactos aceptados por la sociedad que, a su vez, tienen como prioridad

la regulación de la conducta humana en un entorno colectivo; sin embargo, desde una dimensión subjetiva e individual, la condición moral puede generar adoctrinamientos que se reflejan en juicios que suelen descalificar hasta la propia razón jurídica o los cambios sociales; es decir, que estos tienden a suscitar en el sujeto un civismo individual, hedonista y egocentrista marcado muchas veces por comportamientos misantrópicos que destruyen la conducta pro-social y socio-jurídica que deben tener los individuos.

«La conducta prosocial se trata de todo comportamiento que se hace voluntariamente en beneficio de los otros con independencia de que revierta en nuestro propio beneficio» (Redondo, Rueda & Amado, 2013, p. 234). En este sentido, la moral converge con el derecho normativo desde entornos de socialización cívicos; es decir, en los que el libre albedrío está sujeto a normas, a principios y a leyes que funcionan en concordancia con los mecanismos de protección y resolución de conflictos, esto como estrategia social para fortalecer una sana convivencia.

Con lo anteriormente versado, queda evidenciado que la moral juega un rol esencial para todos los seres humanos y dentro de las profesiones que este asume, de ahí que el abogado — desde su condición de persona y de profesional — se encuentra fundamentado por la misma, coadyuvando a la resolución de conflictos desde un sentido de justicia, reciprocidad y buscando que se puedan lograr cambios sociales.

En esta misma línea, el profesional en derecho debe ser un sujeto responsable moralmente, un sujeto con capacidad de reflexionar sobre los cambios sociales y que tenga un adecuado desarrollo cognitivo para resolver las situaciones o conflictos a partir de los mecanismos jurídicos que su investidura le permite ostentar. De igual forma, las decisiones jurídicas y las funciones jurisdiccionales deben interiorizar una conciencia moral, alejándose de dogmas que pueden generar juicios irracionales. Desde esta perspectiva, se puede decir que la moral y el derecho son dos formas de control normativo de la conducta humana, que buscan abordar las relaciones y preceptos morales e incluso la regulación exterior de los comportamientos, tratando de lograr paz y convivencia social.

En el interior de la moral es fundamental la conducta que se ajuste al contenido de la norma, con las que se promulga que se actúe conforme al deber de cada uno; mientras que, en la parte exterior del derecho, se da una conducta prescrita que debe ser obediente a la norma y que se ajuste totalmente a ella. La moral impone toda clase de obligaciones a un individuo, con un ingrediente adicional de libertad

de comportamiento que, sí se viola, podría llevar a que el actor sea estigmatizado por el núcleo social al cual está vinculado. El derecho, por el contrario, impone obligaciones; sin embargo, de igual manera, concede facultades para regular esas conductas externas de obligatoriedad a todos sus destinatarios, buscando reestablecer un orden para la comunidad en general.

De acuerdo con lo mencionado, la moral se puede llegar a equiparar con las normas constitucionales, ya que esta —al complementarse con el derecho— crea las bases de la conducta racional y práctica del ser humano, formalizando como eje principal del tejido social la libertad de consciencia. El uso debido de la norma y los pactos sociales pueden ser asumidos como órgano rector de los procesos de interacción entre sujetos del deber ser, los cuales están orientados por una responsabilidad jurídica (como es el caso de los juristas), para los que la dimensión moral incide en la praxis de su labor, en función al establecimiento del equilibrio jurídico a partir de los códigos normativos que rigen la conducta externa de los seres humanos.

El derecho, como disciplina, es una ciencia social que necesita como autor principal de hechos al hombre; asimismo, siempre va a haber una conexión epistemológica y práctica entre la dualidad: derecho-moral, en la que ambas van a permitir comprender, regular y llevar al individuo, como sujeto socialmente responsable, a generar conductas pro-sociales para su entorno.

En este sentido, al profesional del derecho —como sujeto de deberes y desde su dimensión personal, jurídica y socialmente responsable— le corresponde ser una persona con gran solvencia moral, fundamentada en los principios socio-jurídicos que complementen su vocación hacia la excelencia del deber ser y del deber cumplido.

Es importante de entrada recordar la relación entre Derecho y Moral. Si se entiende el Derecho como el conjunto de normas expedidas en una sociedad, según los procedimientos establecidos constitucionalmente, nada se dice en relación con lo justo o lo moral. Una norma puede ser legalmente válida, pero moralmente injusta. (...) La persona para tomar decisiones debe atender al derecho vigente, derecho positivo o impuesto, y sobre todo a las convicciones morales imperantes o derecho natural, pero además saber qué valores y derechos tiene que respetar. En este punto estamos frente a la filosofía moral o moral crítica. El derecho positivo es impuesto (Molina, 2013, p. 91).

La moral, como principio fundamental del derecho, puede considerarse como una herramienta que permite el equilibrio jurídico en la medida en que no prime sobre la razón, asimismo debe ser proporcional y objetiva en tanto reconozca o identifique situaciones que no esté en el ordenamiento social o que simplemente impliquen cambios sociales en los modismos e ideologías configuradas en el psiquismo del colectivo humano que se ve inmerso en el ejercicio propio del juez y en defensa a lo proclamado en la Constitución Política de un territorio.

Como se enuncia en la Sentencia C-037 de 2000: Si bien el juez natural en las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa debe aplicar la ley respetando la jerarquía de las normas que emanan de la Carta, lo que le impone descartar aquellas que resultan inarmónicas o contradictorias con las superiores; también debe hacerlo permitiendo que los valores superiores perméen la interpretación y aplicación de las normas. La Constitución (1991) tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico que impone a cualquier juez el fallar realizando; es decir, haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y los valores contenidos en la Constitución.

En relación con lo anterior, la moral es un referente no solo de principios cívicos, sino también jurídicos; aunque su función no sea judicializar, ni legislar. Sin embargo, esta adiestra a las personas desde una conciencia que integra al ser humano conforme a la regulación de la conducta instintiva, afianzando la apropiación del deber ser como instancia conductual para el debido y vital desarrollo pulsional. «La pulsión es más bien un concepto a-biológico, es decir, está ligado a lo biológico, pero, a su vez, señala el límite de la determinación biológica sobre el sujeto. En el sujeto se puede decir que hay una causalidad inédita» (Bernal, 2014, p. 2).

Desde una visión psicológica se puede deducir que la moral adoctrina el psiquismo humano permitiendo que se diferencie lo bueno de lo malo, lo adecuado de lo inadecuado, lo funcional de lo disfuncional, entre otros; en esta misma medida, la conciencia moral se encarga de conducir el comportamiento colectivo e individual desde costumbres que se manifiestan a partir de creencias, sesgos o juicios morales que son derivaciones de ideologías que confluyen en los modos de vincularse con los otros.

La posibilidad de formular juicios morales —aquellos que, en determinados contextos y bajo ciertos propósitos, contienen términos como “bueno” o “malo”; “correcto” o “incorrecto”; “deber” u “obligación”— constituye una capacidad asociada

constitutivamente con la condición de humanidad. La práctica de valorar diferentes estados de cosas (acciones, instituciones, reglas) hace suponer algún grado de objetividad en los juicios respectivos. La objetividad se plantea como un presupuesto fundamental del discurso moral (Aguirre, 2015, p. 164).

La función moral no es un término que solo pueda ser analizado desde una connotación de las ciencias sociales, este también tiene una dimensión biológica que está relacionada con estructuras cerebrales y con la evolución biológica de la especie animal; en esta medida, se puede decir que este término socialmente estudiado no es una condición únicamente humana. Se ha considerado que los sujetos nacen con una dimensión moral en la que la empatía es su característica innata, esta se va desarrollando a partir de los procesos filogenéticos que tienen lugar en el medio ambiente. Según Molina (2013):

Los seres humanos nacemos con habilidades rudimentarias, como la empatía, que son los cimientos de nuestra inteligencia moral. Antes de que tengamos dos años, ayudamos naturalmente a quienes tienen algún inconveniente, y a los cuatro o cinco años tenemos una clara idea de lo que nuestros padres y allegados piensan que es bueno o malo. Nuestro hardware moral está instalado a priori y las actuaciones llegan en línea, con rapidez asombrosa. Veamos ahora qué ocurre con nuestro software moral, es decir, el contenido de la brújula moral que nos guía para tomar decisiones morales. Si dos personas comparan su software moral, encontrarán que una parte de él es idéntica, mientras que otros aspectos son específicos, se relacionan con la cultura o la familia en la que crecimos (p. 97).

Algunos biólogos, como el etólogo Frans de Waals, han realizado diferentes estudios científicos basados en la observación de primates, en ellos se evidencia que la moral es también una condición del animal antropomorfo, el cual reconoce las nociones de justicia y reciprocidad como elementos esenciales de los comportamientos morales que se establecieron primordialmente en el desarrollo de su conducta como característica propia de la supervivencia.

Existen observaciones de campo acerca de este tipo de conductas en chimpancés, perros, ratas, cuervos, delfines y otras especies. Los animales experimentan sentimientos de empatía, amor, tristeza, rabia, se solidarizan con otros, se vengan de quienes les causaron

mal, se reconcilian con sus enemigos y presentan muchos otros comportamientos que antes se consideraban exclusivos de los seres humanos y que denominamos morales. Se ha observado a monos que se niegan a agredir a un congénere en situaciones experimentales, perros que ayudan a otros que están heridos, monos que socorren a niños en peligro, delfines que salvan a personas en riesgo de morir ahogados, perros que parecen “sentirse culpables” por haber comido un alimento que se le había prohibido, etc. (Ardila, 2014, p.206).

Gran parte de la construcción moral de la sociedad se debe a nuestra filogenética moral entendida como ese software interno que procesa los sentidos de justicia, reciprocidad, empatía, entre otros; los cuales convergen con la subjetividad de los individuos con los que se socializa en un entorno específico. Las diferencias morales se han caracterizado por la identificación y el desencuentro entre personas o comunidades que se basan en los principios que rigen la convivencia en sociedad; sin embargo, esta última particularidad ha generado una fragmentación en el equilibrio de cohabitación; es decir, con respecto a la responsabilidad que tiene todo individuo de respetar la diferencia y la diversidad, lo que conlleva a que se generen conflictos, que suelen estar arraigados a un precepto moral que, en ocasiones, vulneran los derechos fundamentales de los seres humanos.

A largo plazo es posible hablar en Colombia de una verdadera reparación psicosocial, donde se reconozca y comprenda cada historia y cada mundo emocional de las víctimas, ésta es la razón por la cual la jurisprudencia de la más Altas Corporaciones, han ido depurando todo el sistema de reparación de las víctimas a partir de las sentencias denominadas hito han logrado llegar a una sentencia arquimédica (SU 254 de abril) (Franco & Granada, 2013, p.4).

Es así que el derecho y el poder legislativo —en Colombia— se han dado a la tarea de estudiar y de reconocer los mecanismos de resolución de conflictos (MARC), como alternativa para resolver problemáticas que —en gran medida— están relacionadas con creencias (políticas, sociales, religiosas, entre otras) que se constituyen en la interacción con los otros. Entendiendo que una de sus funciones es hacer partícipe a la comunidad en sus propias soluciones de conflictos, por medio de herramientas flexibles, ágiles, efectivas y económicas, que encaminan a un acuerdo entre las partes, sin dejar de lado valores como la paz, la tranquilidad, el orden social y un equilibrio en las relaciones socio-jurídicas.

Las formas alternativas son una debida opción cuando la convivencia diaria, familiar y comunitaria ha sido transgredida de manera intencional y repetitiva con perjuicios a nivel emocional, social, físico o legal de una persona. Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios propositivos y proactivos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados (Fuquen, 2003, p.274).

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado —por medio de la Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, artículo 8— que el principio de autonomía de la voluntad privada es el fundamento esencial de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya que son libres y autónomos de acudir a esas soluciones de conflictos. Se debe tener claro que, por medio de estos (MARC), se pretende oxigenar la justicia colombiana de forma trascendental y a favor de la solución y descongestión de situaciones jurídicas, este tipo de alternativas acarrearán gran cantidad de beneficios, sobre todo por el hecho de que se vive en una sociedad con gran cantidad de conflictos de diferentes índoles.

Esta situación ha permitido que junto con la jurisdicción se ofrezcan otras vías que permitirán, en determinadas condiciones acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos subjetivos vulnerados. Precisamente por esto, por su intento de evitar la jurisdicción, se denominan alternativos, puesto que ofrecen una alternativa a la solución al conflicto de forma judicial (Blanco, 2009, p.11).

Desde que los mecanismos alternativos de solución de conflictos fueron legalizados y normativizados por el Estado, cualquier persona —sea natural o jurídica— puede implementarlos para dar solución a sus controversias, claro está que esta solo puede realizarse mientras las dos partes en conflicto tengan la voluntad de solucionarlas. Es así cómo los mecanismos alternativos de solución de conflictos han sido uno de los mejores recursos empleados en materia de justicia, debido a que son una vía para descongestionar los juzgados y tribunales, constituyéndose en un método ágil que permite llegar a una solución, lo más rápido posible. Es de destacar, que muchos de ellos no son utilizados por la gran mayoría de personas, pero esto ocurre principalmente por desconocimiento y poca divulgación a favor del reconocimiento de los derechos humanos.

Conforme con lo anterior, podemos anotar que el arbitraje abarca cuantiosas ventajas y beneficios para la eficacia, celeridad, practicidad, economía,

privacidad y confidencialidad para la solución de conflictos buscando un orden social y restaurando —de manera equilibrada— las dificultades presentadas. Es importante resaltar el desarrollo que ha tenido actualmente, en algunos países, en el reconocimiento y en su aplicación.

El arbitraje en Latinoamérica ha tenido un gran avance, décadas atrás los países eran muy protectores con su jurisdicción al resolver conflictos de intereses de carácter extranjero. Sin embargo, ese problema fue flexibilizando poco a poco hasta llegar a tener más interés en no solo ver el arbitraje desde cada ordenamiento jurídico sino en un marco global e internacional (Santillan, 2016, p.11).

En esta misma línea de argumentación sobre los mecanismos de resolución de conflictos, la ley 1563 de 2012, señala que el «El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción». Por lo tanto, el arbitraje es un mecanismo basado en el equilibrio del derecho, el árbitro no se puede dejar persuadir por las partes convocantes; ya que con esta posición puede crear una inestabilidad jurídica y puede correr el riesgo de involucrar su condición moral, lo que daría como resultado una distorsión en su funcionalidad y, finalmente, lo que terminaría por viciar el proceso.

Ahora bien, el concepto de arbitraje se define —dentro de las jurisdicciones de cada país— como una herramienta para la solución de diferendos con sus características particulares, las que son determinadas por la ley interna y por la norma superior que los respaldan y que permiten que estos tengan la utilidad esperada, la que se plasma en el proceso y en la eficiencia para la solución de los problemas. Se estima, en lo señalado por los doctrinantes, que estos mecanismos guardan similitudes con nuestra legislación, de acuerdo con lo expresado en Perú, por ejemplo, por los Altos Tribunales; tal es el caso de lo que señala La Corte Suprema de Justicia de la república de Perú que, en relación con la autonomía de la jurisdicción arbitral, sostiene que

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el Arbitraje es un instrumento o medio destinado a solucionar controversias disponibles y, generalmente, tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes - convenio arbitral; es decir, búsqueda de solución consensual; y se desarrolla conforme a sus propias reglas de procedimiento. Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ. Segundo Párrafo. (Ruiz, 2014, p.7).

A partir de la cita anterior, el concepto de arbitraje se entiende como una

forma con autonomía en su proceso, la cual es necesaria para la aplicación del mecanismo dentro de los contextos particulares. Se ha de tener en cuenta —como en Ecuador— que el árbitro se define como un tercero imparcial con capacidad de llevar a cabo un proceso transparente entre las partes y, además, con conocimientos específicos para guiar la controversia. «El juicio arbitral, por ser de una sola instancia, es mucho más ágil y cuenta con un proceso expedito y transparente, ya que los árbitros son personas de reconocida solvencia moral en el País» (Ruiz, 2014, p.45).

En relación con los doctrinantes mencionados, se puede apreciar que definen el arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, en el que un tercero debe ser mediador, para dar por terminado un conflicto legal sin que se afecten las partes. En este sentido, el árbitro (mediador) y las partes del proceso deben ser personas moralmente idóneas, con capacidad para solucionar un problema a través de las vías legales.

Indudablemente, los árbitros proceden de forma semejante a los jueces en el cumplimiento de la función jurisdiccional y en la decisión de derecho contemplada en sus laudos arbitrales, pero esto no quiere decir que estos “jueces” se encuentren localizados en la Rama Judicial, sino que se ubican en la Jurisdicción arbitral. Sin embargo, en cumplimiento de la función jurisdiccional mencionada, según lo señala la citada jurisdicción, las decisiones tomadas en cumplimiento de la normatividad tienen fuerza vinculante.

Conclusiones

De acuerdo con las ideas anteriores, es importante precisar que la construcción de la moral social y de la relación que esta tiene con el ejercicio de la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, especialmente con el arbitraje; es posible generar un entorno civilizado en el que los valores y principios morales sean esenciales para que las partes convocantes logren acuerdos mutuos que propicien la resolución de conflictos a través de la corresponsabilidad de los compromisos que se pacten por las partes.

De igual forma, se estima que la moral converge con el derecho en los entornos en los que el individuo —en su libertad— esté sujeto a normas, principios y leyes mediadas por la razón; lo que conlleva a que las decisiones judiciales se dictan desde una conciencia moral, permitiendo que se desemboque en un control normativo. Es ahí donde el profesional en derecho, enmarcado en un ejercicio

ético, debe garantizar la moralidad como institución al servicio de lo jurídico; es decir, que garantice el debido cumplimiento de la ley y el deber ser del abogado en la sociedad.

En el proceso del arbitraje es necesario reconocer —desde el punto de vista de todos los involucrados— las lógicas morales que los llevaron a actuar y a llegar a la utilización de este mecanismo, ya que estas atraviesan el proceso y los compromisos que se estén asumiendo. En este sentido, el árbitro —como figura fundamental— debe estar dotado de experiencia y de conocimientos, tanto del derecho como del tema a tratar y, en especial, debe prestar suma atención a la moral social.

Es importante mencionar que la fundamentación de la moral como construcción social no se puede cifrar únicamente en el estudio de la conducta en forma aislada, sino que debe atender los procesos que gestan las normas y a la consciencia psicológica que los determina, porque de este constructo depende que los individuos puedan generar conciencia dual desde lo jurídico y desde lo psicológico en su proceder. De esta forma, es necesario enmarcarse en el deber ser social, según los códigos del conglomerado y de acuerdo con las costumbres culturales para alcanzar un bienestar y un equilibrio armónico, social y con inclusión de lo individual.

Es así como la moral sujeta a las personas por medio de una conciencia que va más allá de los principios jurídicos; porque —desde lo psicológico— permite escindir lo bueno de lo malo, cimentado en el comportamiento humano interno un proceder recto, desde la misma formación de las creencias que se derivan de ideologías y que son partícipes de la construcción socio-individual de las personas. Con todo lo anterior, se sugiere que en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos —como lo es el arbitraje— se tenga en cuenta el proceder moral de los sujetos que hacen parte del ejercicio jurídico, como una forma de evaluar la conducta de las partes convocantes y de caracterizar a las personas que sirven como árbitros en el proceso, para que no incurran en faltas que afecten la moralidad y la credibilidad de la labor profesional en el estrado arbitral.

TRABAJOS CITADOS

Ardila, R. (2014). *Filogénesis y ontogénesis de la moral*. *Rev. Acad. Colomb. Cienc.* 38 (Supl.): 205-15.

-
- Bernal, H. A. (2014). *¿Es el psicoanálisis una ciencia?* *Revista Poiesis*, 2. DOI: 10.21501/16920945.1408
- Blanco, M. C. (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*. Editorial Reus.
- Durkheim, É. (2001). *Las reglas del método sociológico*. México: Fondo de cultura económica.
- Franco, M. P., & Granda, L. A. E. (2013). *El estado como dinamizador de la sociedad y la constitución como guardiana del derecho*. *Poiésis*, 1(26).
- Freud, S. (1930). *El malestar en la cultura*. Tomo XXI. Buenos Aires: Amorrortu.
- Fuquen Alvarado, María Elina. (2003). *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*. *Tabula Rasa [en línea]* (enero-diciembre): [Fecha de consulta: 23 de julio de 2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600114>> ISSN 1794-2489
- Jalomo-Aguirre, F. (2012). *Sobre las leyes y su dimensión ética*. *Vniversitas*. 147-167. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82524891006>
- Marquisio Aguirre, R. (2015). *Teoría del derecho y filosofía moral*. *Revista De La Facultad De Derecho (2° época)*, 0(38), 161-182. Recuperado de <http://revista.fder.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/509/556>
- Molina Ramírez, N. (2013). *La moral: ¿innata o adquirida?* *Revista Colombiana de Bioética*, 8. 89-106. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189228429007>
- Oquendo, A., Córdoba., & Rivera, J. (2012). *El latente antagonismo entre la naturaleza humana y la cultura*. *Poiésis*, 12.(23).
- Piaget, J. (1987). *El criterio moral en el niño*. Ediciones Martínez Roca.
- Redondo, J. P., Rueda, S. R. & Amado, C. V. (2013). *Conducta prosocial: una alternativa a las conductas agresivas*. *Investigium RE*, 4 (1), 234-247.
- Ruiz Araujo, H. A. & León Fuentes, C. J. (2014). *Arbitraje como solución alternativa a los conflictos laborales en la justicia ordinaria*. (Bachelor's thesis, Guayaquil: ULVR, 2014).
- Sampson, A. (1998). *Ética, moral y psicoanálisis*. *Revista Colombiana de Psicología*. (7). pp: 81-93.
- Santillan Soler, D. (2016). *El arbitraje popular. La necesidad de una justicia privada frente a la precarización del poder judicial*.
- Savater, Fernando. (2004). *Ética para Amador*. 45va ed. Barcelona: Editorial Ariel.
- LEYES
- Consejo Superior de la Judicatura. (15 de marzo de 1996). *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745. Recuperado de : <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045451/LEY+270+DE+1996+PDF.pdf/4c73d5bb-2321-4ea8-852f-beec9faf31a5;jsessionid=353EFC6EB2044895D32AA3FC47611E25.worker1?version=1.1>
- Congreso de la República. (22 de enero de 2009). *Reforma Ley 270 de 1996: Estatutaria de la Administración de Justicia*. [Ley 1285 de 2009]. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/17320/ley%201285%20de%202009.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Normas Generales del Arbitraje Nacional. [Ley 1563 de 2012]. DO:48489. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>

SENTENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. (05 de mayo de 1994). Sentencia C- 224. [MP Jorge Arango Mejía]. Recuperada de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm

Corte Constitucional de Colombia. (26 de enero del 2000). Sentencia C- 037. [MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>

REFLEXIONES ACERCA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL JUEZ Y DE SU RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Julián Agudelo Giraldo¹

RECIBIDO: 15 de marzo de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

Este texto trata —de manera breve— sobre el estándar de prueba y sobre su relación directa con la valoración probatoria en las etapas del proceso penal. En este proceso, las afirmaciones de las que se deducen indicios, apuntan a ser estimadas por medio de un sistema de valoración probatoria basado en el conocimiento que se desarrolla a partir de “la apreciación razonada de las pruebas”. En este sentido, las pruebas son transportadas y transformadas —en el proceso— a través de los medios de conocimiento; lo que procura el alcance de la certeza, casi certeza, alta certeza o altísima probabilidad de estas, para que las valoraciones y el trabajo intelectual del juez no se vea permeado por la íntima convicción y para evitar que su decisión carezca de lógica o de orden racional.

PALABRAS CLAVE: Valoración, Conocimiento, Estándar de Prueba, Garantismo, Proceso, Duda Razonable.

Abstract

This text deals with the brevity of the test standard and its direct relationship with the probative assessment in the stages of the criminal process, where the affirmations of those that have indications point to be estimated by means of a system of probative assessment based on the knowledge developed by “the reasoned appreciation of the evidence”, being transported and transformed in the process through the means of knowledge, seeking the reach of certainty, almost

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Oriente (Rionegro, Colombia), adscrito al grupo de investigación en Derecho Procesal. Correo: agudelojulian292@gmail.com

certainty, height certainty or very high probability of this, so that the The Trial Judge does not decide by the right of intimate conviction or by his subjectivism.

KEY WORDS: Valuation, Knowledge, Standards of proof, Garantism, Process, Reasonable Doubt.

1. Introducción

El conocimiento, como un objetivo del proceso, se ve representado principalmente en los medios cognoscitivos y de prueba que, después de la etapa procesal de debate, se podrán configurar como pruebas. De esta manera, se logra que el juez demarque la solución del conflicto o la imposición de pena. La investigación judicial debe ser estructurada bajo estándares objetivos y bajo métodos intelectuales que logren proporcionar, de manera razonada, elementos que confirmen la veracidad de los enunciados o de las hipótesis puestas en el debate. El fin de la prueba debe ser la comprobación de las afirmaciones, entendiendo esto como el ejercicio probatorio en el que se da la búsqueda de hechos con relevancia jurídica para poder transportarlos al proceso; teniendo en cuenta que la calificación de estándar de prueba —al que se le intenta dar explicación en este artículo— es el control por medio del cual el juez debe encontrar la capacidad de fundamentación y argumentación para la toma de la decisión, entendiendo siempre al proceso como el medio para llegar a la verdad en torno a los hechos de la causa. La configuración de las pruebas es un instrumento de conocimiento, de análisis; es decir, es el medio con el que, dentro del proceso, se llega a la comprobación de las afirmaciones puestas en debate.

Los estándares de prueba consisten en los criterios a los que el juez debería atender para valorar imparcialmente las pruebas que las partes han puesto a su disposición. Estos criterios le permiten, a través del ejercicio intelectual, tener los fundamentos para establecer cuándo ha sido, o no, obtenida la prueba de un hecho. Aquí se encuentra la relación de la valoración final sobre los hechos realizada por el juez, la cual es —para el proceso civil— la probabilidad prevalente (*preponderance of evidence*) y, para el proceso penal, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*proof beyond any reasonable doubt*). Este criterio, a diferencia del utilizado en materia civil, es más riguroso, debido al debate de las garantías que existe en favor de los acusados, de la libertad y de su restricción. Debido a esto, el conocimiento en el ámbito penal se logra a través de un estudio exhaustivo de los medios de conocimiento a los que se pretende dar aducción;

de ahí que, en este texto, se pretenda explorar y exponer brevemente cómo se manifiestan los estándares en los diferentes momentos procesales del ámbito penal, conocidos y formulados por la legislación, como lo son el de la inferencia razonable de autoría, el de participación, el de la probabilidad de verdad y el del estándar de prueba para dictar sentencia más allá de toda duda razonable.

2. El Estudio del Estándar de Prueba y la Valoración Probatoria en las Etapas del Proceso

2.1. De la valoración probatoria y de los sistemas de valoración

La valoración probatoria se ha constituido —dentro del proceso— como el momento más importante, debido a que la construcción de conocimiento, a la que se dirige el proceso actual, está basada en el estudio de las pruebas y en la ejecución de una investigación razonada que sea sustento de la motivación. Valorar es una labor intelectual, un trabajo de percepción (Nieva Fenoll, 2010, p.34) del conocimiento aportado por los medios cognoscitivos (Código Procesal Penal, 2004) y por los medios de prueba (Código General del Proceso, 2012) al estándar de prueba que hace que la capacidad demostrativa y de fundamentación no quede vacía dentro del proceso. M. Gascón indica:

El estándar de prueba cumple dos funciones. Una función heurística primero (en cuanto guías de una valoración racional): el estándar de prueba es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función justificadora después (en cuanto criterios para la motivación): el estándar de prueba es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatorio (2005, p.3).

A lo largo de la historia, la valoración probatoria ha sido transformada de acuerdo con los diferentes sistemas adoptados por el legislador (tasado o libre); ya que estos son la esencia de la ejecución probatoria. Sin embargo, esto no quiere decir que los sistemas de valoración aplicados hayan sido eficientes para lograr que el juez formara su decisión de una manera pertinente.

Los sistemas de valoración se han visto modificados en el tiempo, gracias a las maneras en las que el mismo proceso se ha visto reformado. Según el

sistema adoptado actualmente, la formación del conocimiento es lo primordial para la racionalización y el criterio de la decisión tomada por el juez; en este sentido, el subjetivismo, o la alta confianza subjetiva, debe ser una corriente que progresivamente desaparezca, ya que el sistema de valoración y, por ende, la construcción del estándar probatorio, no debe ser una ocupación subjetiva. Tal como lo plantea L. Laudan:

Los Estándares de prueba nunca son formulados en términos de la confianza subjetiva de los investigadores sino en términos de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión a los efectos de considerar dicha hipótesis como probada (2005. P.11).

Por esta misma razón, los sistemas de valoración han sido cambiantes. Entre estos encontramos el sistema de la tarifa legal (tasado), el sistema de la íntima convicción (libre) y el sistema de la sana crítica (libre pero razonado); entre ellos, daremos énfasis al sistema de la íntima convicción y al sistema de la sana crítica, ya que estos son parte de los sistemas de libre valoración que han sido transformados dentro del proceso probatorio.

2.2. La Íntima Convicción

El sistema de la íntima convicción, surgido en Europa después de la revolución francesa, ha sido un sistema controversial debido a la valoración subjetiva realizada por el juez. Este sistema se basa en la libertad absoluta del juez para formar su convencimiento a través de los diferentes medios de conocimiento, o medios de prueba aportados al proceso. Lo que no podemos dejar de lado en la descripción de este sistema es que el juez —en ningún momento— debía fundamentar su decisión, sino que simplemente se enfocaba en decidir según su grado de confianza altamente subjetivo. Al respecto, M. Taruffo comenta:

Es claro el significado negativo del principio de la libre convicción, o sea la eliminación de las reglas de la prueba legal, no es para nada claro cuál sea su significado positivo. No faltan, de hecho, versiones de este principio según las cuales se haría depender la decisión sobre los hechos de la íntima convicción del juez, es decir de un convencimiento interior, subjetivo, personal e impenetrable, del juez en torno al valor de la prueba y a la verdad de los hechos.

En conexión con teorías irracionalistas de la decisión judicial, también con filosofías de varias formas anti-racionalistas, se tiende a interpretar el convencimiento discrecional del juez como un poder absoluto para establecer arbitrariamente, y de modo incognoscible e incontrolable, una “certeza moral” sobre los hechos (2008, p.100-101).

El juez podría sentenciar aun en contra de las pruebas producidas, es decir, basándose en su convicción; lo que deja de lado el estudio de los elementos de confirmación de la veracidad de un enunciado o hecho del proceso. Estas ejecuciones, en el ámbito jurisdiccional actual desacreditan totalmente un estado social de derecho en el que el garantismo procesal es piedra angular del sistema; ya que la formación de la veracidad de los enunciados debe estar basada en un estudio epistemológico, como lo referencia el sistema de la sana crítica.

2.3. El sistema de la sana crítica

El sistema de valoración de la sana crítica se basa en la formación del conocimiento razonado a partir de los medios de prueba y de los elementos cognoscitivos. La corte constitucional afirma que para la acertada formulación de una decisión judicial que le de racionalidad y criterio al proceso:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-202, 2005).

Es así como la valoración se realiza de una manera más objetiva, con sujeción a una apreciación razonada de las pruebas; lo que le da acceso al juez para que, aun siendo este un sistema de valoración libre, forme su certeza de una manera razonada, con base en las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia. En este sentido, la capacidad de fundamentación y la capacidad demostrativa deben tener su base en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (Ley 1564, 2012, art.164: Necesidad de la prueba). Es por esto que el juez del proceso decide con respecto al conocimiento obtenido, no decide a libre voluntad, de

manera arbitraria o ilógica; ya que esto nos llevaría al sistema de libre convicción o de íntima convicción, sistema al que ya nos hemos referido y que no deja de causar controversias a nivel de la doctrina, debido a que la libre convicción ha permeado de manera parasitaria las decisiones judiciales.

3. Reflexiones sobre la Influencia de la Valoración Razonada y del Estándar de Prueba en Materia Penal

En la actividad probatoria, la confirmación de las afirmaciones o hipótesis planteadas en el proceso son el fin de toda investigación; debido a esto, los estándares de prueba y la valoración probatoria son un solo órgano, el órgano de control de la actividad probatoria para alcanzar el conocimiento —grado de confirmación o certeza— necesario para que se pueda dictar sentencia. Estas confirmaciones son importantes para alcanzar el estándar de prueba, entendido como la adecuada forma de realizar el debido proceso probatorio para alcanzar el grado de conocimiento necesario para dictar sentencia, como menciona M. Gascón:

Los estándares de prueba, que son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe (2005, p.3).

Por eso, el trabajo de las partes para con el proceso debe estar enfocado en aportar los medios para alcanzar los más altos grados de conocimiento posibles y así dar por comprobada una hipótesis y superar los estándares probatorios, siendo concretos con las estipulaciones que realiza la legislación al respecto de la valoración y no perdiendo coherencia con los principios que articulan la buena formación del convencimiento del juez a partir de una valoración razonada, de una valoración que no se sustente en la subjetividad del juez o en la convicción —sin fundamentos— de una culpabilidad.

Así, la labor de los jueces debe ser la de dictar sentencia conforme se supere el estándar probatorio, la suficiente motivación y el esclarecimiento de las afirmaciones. Tal y como postula Michelle Taruffo respecto al estándar probatorio en derecho penal:

Por lo general el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable solamente puede superarse cuando la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho (efecto), está “recubierta” por una

ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión (2005. p.72).

Cabe resaltar que, dentro del proceso penal acusatorio, dirigido por la Ley 906 (Código de Procedimiento Penal, 2004), hallamos que es necesario un grado de conocimiento para cada uno de los fines de las audiencias (estándar probatorio), sin el cual el juez —como director del proceso— estaría vulnerando no solo el deber procesal, sino los derechos fundamentales del procesado y los principios del derecho penal, como el formulado en el Artículo 7 de la ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal: Presunción de inocencia e *in dubio pro reo* (Ley 906, 2004, art.7), en el que el reo víctima de una decisión paradójica con respecto al sistema de valoración aportado por la legislación y al grado de conocimiento que la misma exige. Por este motivo, es necesario —para ampliar el tema de la valoración probatoria y su indiscutible relación con los estándares de prueba— que hagamos referencia, de una manera corta, a algunos estándares probatorios del proceso penal: al de inferencia razonable de autoría o participación (estándar exigido en las audiencias preliminares), al de probabilidad de verdad (para la buena ejecución de la audiencia de formulación de acusación) y al de más allá de toda duda razonable (estándar de prueba exigido al juez como grado de conocimiento para dictar sentencia). Estos estándares los explicaremos más adelante en: 3.1. ¿Por qué una inferencia razonable?

La evolución del proceso penal se basa en la no vulneración de los derechos fundamentales y en el garantismo procesal. Así, en el estudio de las diferentes etapas probatorias, es importante resaltar que —para el derecho penal— la facultad sancionadora del estado se encuentra ligada a los mandatos constitucionales del debido proceso (Const., 1991, art.29) y demás derechos fundamentales, los cuales se ven representados en la toma de decisiones por parte de los jueces, quienes son los facultados para materializar esa racionalización del poder a la que hicimos referencia anteriormente (*ius puniendi*).

En el momento de las audiencias preliminares es cuando se formula el estándar de prueba conocido como inferencia razonable de autoría o participación, el cual exige un grado de conocimiento que debe ser proporcionado por el ente acusador (carga de la prueba). El ente acusador, como signatario de la acción penal, debe actuar en las mencionadas audiencias basándose en argumentos serios, ciertos, lógicos y en la formulación —de manera razonada— de un análisis basado en los medios cognoscitivos (ley 906, 2004, art.275) para generar la hipótesis de participación en el delito.

Lo anterior no quiere decir que la formulación de la imputación requiera de un conocimiento como el que se necesita para dictar sentencia (más allá de toda duda razonable). Lo que sí es indiscutible es que es necesario el estudio de licitud, o de legalidad de los medios cognoscitivos, y que en las actuaciones del ente acusador, quien funge en nombre de la fiscalía, debe hacerlo siempre bajo los preceptos del principio de objetividad (ley 906, 2004, art.115), para que el análisis lógico-argumentativo de la inferencia razonable reclamada y la correcta construcción del presunto delito se restrinjan a la constitución y a la ley, permitiendo así que la ejecución del estándar probatorio de la inferencia razonable de autoría o de participación se manifieste en el proceso. Por lo tanto, para la formulación de imputación, esto es: para atribuir la comisión de un delito a una persona, debe existir previa formulación que haga énfasis en lo antes mencionado; cumpliendo efectivamente con el primer paso de un proceso penal en lo que concierne al estándar de prueba razonable y pertinente.

Lo cierto es que la valoración razonada no solo se restringe a la formulación de la imputación, sino que se extiende al estudio del régimen de la libertad y a su restricción, la cual se manifiesta en el momento de la imposición de la medida de aseguramiento. El estándar probatorio de inferencia razonable de autoría, o de participación, juega un papel importante para la formulación de la medida de aseguramiento, la cual está basada en el análisis de los elementos materiales probatorios (recogidos y asegurados) y en la evidencia física o en la información legalmente obtenida (Ley 906, 2004, art.308). Además de que la medida de aseguramiento es «necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena» (Ley 906, 2004, art.296).

También se debe agregar que la Ley 1786 del 2016 incluyó parágrafos al artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, mereciendo la medida de aseguramiento una interpretación más profunda y exigiéndole a la fiscalía que:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (Ley 1786, 2016, art.1).

La inferencia razonable de autoría o de participación —la encontramos en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004, arts. 287 y 308) — está presente

en la formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, ambos momentos pertenecientes a las audiencias preliminares que consagra el sistema penal acusatorio. Esta etapa del proceso está dirigida a la obtención de motivos fundados. Sin embargo, el razonamiento y estudio de los medios cognoscitivos toman un rumbo a través del cual se ejerce un control de derechos fundamentales para no terminar en exceso del poder punitivo.

Como se mencionó en la valoración probatoria razonada, o como lo explicamos en las reglas de la sana crítica, la expresión razonable denota la importancia de que el proceso esté configurado por una confianza, la cual es alcanzada gracias al estudio de los elementos materiales probatorios y a la evidencia física legalmente obtenida. Estos mismos elementos dan pie a que el juez formule sus decisiones sometido a la buena motivación que requiere cada una de sus actuaciones, sin omisión de los fines constitucionales y del buen actuar procesal.

3.1. Probabilidad de Verdad

El código de procedimiento penal, en la Ley 906 del 2004, art.175, consigna la acusación: audiencia en la cual la actuación es realizada ante un juez de conocimiento diferente del juez de garantías que será el director de las audiencias preliminares. El juez de conocimiento da lugar a que el ente acusador, después de haber ejecutado su actuación investigativa de recolección, descubra los elementos materiales probatorios y la evidencia física legalmente obtenida para que sean tenidos como base fundamental de su acusación y para que sean las armas en el juicio oral, en donde se podrán controvertir y/o configurar como pruebas.

Esta etapa debe ser soporte de una acusación realizada de acuerdo con las guías puntuales de la ley de pertinencia y admisibilidad (Ley 906, 2006, arts.375-376) de los medios, para construir una hipótesis realmente fuerte que pueda conseguir una pena; aquí estamos haciendo referencia a los intereses de la fiscalía, siendo este el órgano y principal actor de la audiencia de acusación.

El juez, en su búsqueda del conocimiento, se sirve de los medios de prueba, los cuales pueden llevar al error o a la certeza. No nos encontramos en una etapa del proceso en la que se deba carecer de dudas, sino que estas se van a vencer —o no— gracias a una buena ejecución de la etapa controversial de los medios de conocimiento que, en materia penal, es el juicio oral. De esta forma, la base de la probabilidad de verdad se rige en el enunciado de una buena ejecución de

la carga probatoria por parte de la fiscalía, cuyo plazo vence en la acusación. Esto fija una dirección al proceso, acorde con el camino que ha tomado desde la imputación, de tal forma que se ejecuten las acciones con orden y estricta legalidad y que se determine si el conocimiento obtenido es o no pertinente, tanto que la fiscalía pueda precluir de la investigación que está llevando a cabo, o pretenda ejecutar el principio de oportunidad.

3.2. Conocimiento más allá de toda duda razonable.

En la dirección y en la conclusión que el proceso pretende, la comprobación de las hipótesis puestas en debate, y la forma en la que estas puedan ser corroboradas, es la respuesta que se pretende con la prueba y con la aceptación de las verdades conseguidas por medio del procedimiento. Las cuales son fin y respuesta del estudio epistémico que comprende el actuar probatorio y la investigación.

La concepción que parece por muchas razones preferible, es la que entiende al proceso como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los hechos de la causa. Correlativamente, la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento epistémico, o sea, el medio con el que en el proceso se adquiere (Taruffo, 2008, pp.101-102).

Es así como el estándar de prueba más allá de toda duda razonable es difícil de alcanzar, debido a la rigurosidad a la que somete al proceso probatorio la valoración y la definición de lo que sea una duda razonable.

No siendo posible, al menos por lo que parece, aportar una definición analítica precisa de qué cosa es una “duda razonable” o una “prueba más allá de cualquier duda razonable”, las únicas conclusiones racionales parecen ser: abandonarla para sustituirla con otros criterios equivalentes, como el de la “certeza”, de la “casi certeza” o de la alta o altísima probabilidad (M Taruffo, 2008. p.114).

Las dificultades se encuentran en que, no siendo el juez siempre un buen ejecutor y regulador de la facultad punitiva, este se ve influenciado por una confianza desmedida basada en la mala interpretación del estándar; en este sentido, se puede involucrar su subjetividad, lo que hace que las construcciones intelectuales que los medios de conocimiento aporten a una buena decisión se ignoren y que el actor judicial se enfoque, por el contrario, en dar por probada una hipótesis

que no tiene mayor fuerza, que es superflua o que tal vez ha sido sugerida por los medios de comunicación o por la sociedad, sin haber satisfecho los estándares más básicos de la inferencia razonable.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la “certeza” de su culpabilidad: mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo, particularmente elevado —y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil (M. Taruffo, 2008, p.112).

Pretender que la prueba se convierta en un mero presupuesto para alcanzar la convicción del juez, sería olvidar la función racional que esta pretende en cuanto aporte al conocimiento y a la valoración razonada. A propósito, Ramírez D. explica que:

Si se asume que el fin de la prueba no es comprobar la verdad de los hechos, sino alcanzar la convicción del juez, los problemas que surgen tienen que ver con posturas irracionales que producen la invalidación del debido proceso probatorio; pues el juez —al tomar la decisión— se remitirá a su nivel de convicción convencimiento y no a la confirmación objetiva e imparcial de los hechos a través de la prueba (2017, p.86).

El procedimiento probatorio es la aproximación más rigurosa al conocimiento de las afirmaciones de los hechos que las partes ponen en debate. Es debido a esto que en las situaciones previas a la presentación de los medios —realizada bajo el precepto de prueba libre— y en el proceso de construcción del conocimiento se logran generar criterios de control, los cuales, en definitiva, se traducen en la capacidad demostrativa y en la capacidad de motivación del juez; la cual está ligada a la apreciación razonada de las pruebas y no a la voluntariedad como deseo, o propósito, que tiene el juez. En palabras de Fernández López M: «[V]aloración libre no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los

sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría a esta actividad en un acto de mero voluntarismo» (2007, p.3).

En la búsqueda de la verdad de los hechos, la prueba científica es una herramienta de vital importancia para la formulación de los estándares prueba y, aún más, en el derecho penal. Esta tiene la capacidad de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad que satisfaga el estándar de prueba que tenga vigor en esa clase de proceso o, también, la capacidad de integrarse con otras pruebas que no tengan tanto rigor y, así, contribuir a fundamentar conclusiones verídicas sobre el hecho. De acuerdo con lo anterior, encontramos el valor de la relación entre ciencia y proceso, ya que las construcciones por medio de la prueba científica tienen un grado de verificación tan alto que resulta provechoso para la buena formulación de una sentencia. Taruffo, M. Propone que:

Esta conexión estrecha entre ciencia y proceso tiene varias razones fácilmente comprensibles. En realidad, siempre ha sucedido que los jueces han utilizado nociones científicas para establecer o interpretar circunstancias de hecho para las que parecían inadecuadas las nociones de la experiencia o del sentido común (2008, p. 93).

La ciencia establece un grado de certeza que genera una confianza diferente a la que puede ser obtenida bajo las reglas de la experiencia o del sentido común. En este sentido, la separación de las ejecuciones técnico-científicas de la cultura no científica ha generando un aporte de conocimiento que antes era formulado solamente desde bases cognoscitivas no científicas.

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen.

Así, como se ha dicho anteriormente, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia del que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atendibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atendibilidad de

los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares —con toda probabilidad no muy frecuentes— la prueba científica es capaz, por sí sola, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso (Taruffo, 2005, p.72).

El estándar de prueba más allá de la duda razonable ha sido mal interpretado, en el *comon law* —específicamente en la justicia estadounidense—. Allí, para dictar sentencia, el juez es guiado a fallar irracionalmente, permeado de forma subjetiva por un jurado que no tiene conocimiento de la formulación de un estándar y de la rigurosidad que implica como mecanismo de control para dictar sentencias debidamente motivadas. Según Larry laudan:

El estándar de la duda razonable ha sido cambiado más allá de lo reconocible desde su creación hace ya dos siglos. Aquello que una vez significó certeza moral y fue relacionado con la epistemología de Locke, ha sido deliberada y lentamente desplumado por la jurisprudencia americana durante el siglo XX y ahora ‘más allá de una duda razonable’ ha quedado reducido simplemente aun ‘carecer de toda duda’, esto es, a tener una alta confianza subjetiva (2005, p. 6).

Lo que deja de lado el conocimiento que acarrea un correcto proceso probatorio, pues

Aparentemente, todo lo que importa es si, habiendo oído toda la evidencia, la creencia de los jurados es firme y sólida. Y si no es así, entonces debe votar la absolución. Los jueces ni tan siquiera explican a los jurados lo que significa tener una duda razonable, manteniendo de manera vergonzosa que esta noción es auto-evidente (Larry laudan, 2005, p. 6).

El conocimiento razonablemente obtenido, del que hace mención el estándar de prueba, es de un arduo y riguroso grado de certeza, o casi certeza, que es alcanzado por los medios de conocimiento y por un pertinente debate en la audiencia de juicio oral. Esto, además, acogido por una valoración objetiva que en realidad involucre la importancia de los bienes jurídicos puestos en disputa. Es decir, que el juez —durante las etapas del proceso— tenga una prospectiva analítica desde los medios de conocimiento aportados y debatidos de manera

rigurosa y objetiva en esta etapa procesal.

El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado —y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una policy lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la policy es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda), que el imputado es culpable (M. Taruffo, 2005, p.69).

Entonces, la construcción de la prueba debe darse mediante un razonamiento inductivo y mediante la construcción de criterios estandarizados, de ahí la rigurosidad de su configuración o constitución, la cual tiene el fin de lograr las aproximaciones más certeras a las afirmaciones con respecto a los hechos que se pretende dar por probados, denotando la construcción objetiva, intelectual y epistemológica de una verdad procesal y el alcance del grado de conocimiento para dictar sentencia.

Marina Gascón Abellán propone unas *Reglas Epistemológicas de la Verdad*, expuestas así:

1. Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo sea esta directa deductiva o indirecta.
2. Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe usarse.
3. Se prescribe el sistema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretando como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados.
4. No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria y por tanto, deberá ser admitida.
5. Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contrariedad).

6. Si a la vista de nuevas pruebas pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso, o la falsedad del enunciado declarado verdadero debe hacerse (1999).

Cabe resaltar pues que el sistema penal acusatorio está ligado a un proceso estrictamente epistemológico, el cual se consigue a partir de la construcción de indicios e inferencias lógicas que confirmen los grados de certeza más altos. Se busca así llegar a satisfacer un medio de control reproducido en el estándar de prueba, el cual entabla una relación estrecha con la no vulneración del debido proceso, con la ejecución probatoria eficaz y con la solución de dudas a favor del procesado, que es un principio fundamental del proceso penal. De lo anterior se concluye que el sistema colombiano, a nivel positivo, es un sistema entrelazado con el garantismo, con los principios y además con los derechos fundamentales, los cuales están representados y latentes gracias a la debida ejecución de las penas que se reproducen en la valoración probatoria realizada en los diferentes procesos adelantados por la jurisdicción penal. En definitiva:

Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse y a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado, la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y controlar la discrecionalidad del juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atendibilidad y de utilidad probatoria.

Sin embargo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la intima conviction irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades nos llevan a la conclusión de que necesitamos modelos conceptuales y lógicos particularmente sofisticados, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema de la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto de la ciencia en los diferentes contextos procesales (Taruffo, 2005, p.72).

4. En Cuanto a la Flexibilidad e Interpretación del Estándar de

Prueba en Materia Civil

El estándar de prueba debe estar ligado, como se ha dicho durante el desarrollo de este artículo, al proceso probatorio y a los diferentes métodos investigativos y de acuerdo con nuestro sistema de prueba libre, que impera en los procesos, sumado a la valoración razonada de las mismas.

De acuerdo con lo expuesto, la averiguación de la verdad se torna en un sin sentido, la verdad absoluta es imposible de alcanzar, así que no podemos decir que el proceso se encargue de la búsqueda de la verdad perfecta, eso es errado. La verdad en el proceso es, por correspondencia, la verdad que se manifiesta mediante lo relativo a las afirmaciones realizadas y a los medios para probar, es un consenso que se alcanza gracias a la información obtenida con respecto a unas hipótesis que, a través de la buena ejecución del proceso probatorio y de la debida publicidad, fluye a partir de construcciones lógicas que logran la efectiva comprensión de las afirmaciones realizadas. Esto se logra con el aporte de los medios necesarios, para que el juez —en su valoración— tenga la facultad de construir el caso de una manera razonada. Como expone Larry Laudan:

El Estándar de prueba tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos (2005, p.10).

Por esta razón, el juez —durante el proceso— mediante las reglas de juicio y la valoración razonada, irá generando una confianza que será potenciada por los medios de conocimiento aportados por la parte interesada, además de la pertinente publicidad que se le dé a las partes para que la fundamentación de la decisión esté acompañada de una motivación impulsada por argumentos fuertes y claros, los cuales ayuden a construir y a superar los criterios necesario para la decisión y formulación de las sentencias.

La rigurosidad del proceso y la fundamentación de las sentencias deben estar basadas en la formulación de criterios que estén apartados de la mera liberalidad o de la subjetividad de los juzgadores. Los estándares de prueba no se deben ignorar porque estos tienen una fuerza, y unos medios de ejecución, —como herramientas de control— que posibilitan que los fallos se configuren dependiendo de los grados de probabilidad de las hipótesis planteadas. Taruffo, M. expone que:

una definición de probabilidad como concepto “de grado” que permita identificar probabilidades “bajas”, “medias” o “elevadas” dependiendo de las diferentes situaciones y de qué tanto los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible (2005, p.66).

De allí que coexistan las diferentes hipótesis y la información obtenida por los medios de prueba y que, por ende, el estándar de prueba se manifieste y prime entre estas; en términos racionales y probables:

el criterio de la probabilidad prevalente implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40, 55 y 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como “verdadera” una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación (Taruffo, 2005, p.66).

Además, es importante mencionar las probabilidades que el mismo autor nos menciona con respecto al estándar de prueba en materia civil, ya que las hipótesis en estudio pueden demarcar resultados de probabilidades que no superen el “más probable que no”; en palabras del autor:

Se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa a la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho es, por lo tanto, “más probable que no” y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis “más probable que no” es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó “menos probable” que la negativa.

A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40%, y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del “más probable que no” nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente (Taruffo, 2008, pp.105-106).

De ahí que hablemos de las diferencias en cuanto al análisis del estándar de prueba en materia penal y en materia civil; las situaciones y el empleo de las hipótesis son valoradas de formas distintas. En este sentido, en materia civil, según Fernández:

Se impone un grado de prueba sensiblemente inferior [al penal], pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante prueba preponderante (preponderance evidence), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia (2007, p.1).

Es así como el control del derecho civil manifiesta que

La construcción de un Estándar de Prueba implica dos cosas: a) en primer lugar implica decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una Hipótesis como verdadera.; b) en segundo lugar implica formular objetivamente el estándar de prueba; es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido (Gascón, 2005, p.3).

Así que la construcción del estándar de prueba de probabilidad prevalente, y la verificación del mismo, sí se puede someter a los índices de probabilidad; sin embargo, cierta parte de la doctrina considera que hablar de probabilidad está fuera del ámbito jurídico. Porque se dice que la probabilidad no cumple con la adecuada forma de realizar la valoración y no logra alcanzar el grado de conocimiento para tomar una decisión acertada. Es por esto que técnicamente la jurisdicción, en los sistemas de la probabilidad prevalente, pone en cuestión que

la adopción de modelos matemáticos, quizás por las dificultades que presentan, pero quizás también por la tradicional resistencia de los juristas a abrirse a conocimientos extrajurídicos, ha tenido escaso éxito, y los modelos de valoración racional de la prueba más aceptados (y que mayor predicamento han alcanzado) son los basados en esquemas de confirmación, que entienden que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide aquí, no en términos de frecuencia relativa, sino de “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de una información (Gascón, 2005 p.7).

Cabe resaltar que parece acertado lo que R. D. Friedman (citado por Gascón M., 2005, p.8) «propone que es reservar el término “probabilidad” para la teoría convencional de la probabilidad matemática, y hablar en su lugar de grado de confirmación o de certeza», por lo demás, el esquema valorativo del grado de confirmación al que mejor se adecua la estructura de los problemas probatorios y, con los que el juez se encuentra en el estudio de la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa, es la necesidad de comenzar a establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible. En este sentido, Marina Gascón expone que:

Según el estándar de la probabilidad prevalente una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa (2005, p.4).

Es así como nos encontramos con algunas de las interpretaciones que se hacen del estándar de prueba en el ámbito civil, las cuales son resultado de una buena valoración probatoria guiada por el estándar, y con otras que están sustentadas por valoraciones superfluas o basadas en intuiciones subjetivas. Es por esto que hacemos referencia a que el estudio del estándar de prueba es flexible en materia civil, porque lo único que implica es que una hipótesis sea más probable que las otras. A esto se ha referido Taruffo, cuando plantea que a la “probabilidad prevalente” se llega con la buena ejecución de una carga probatoria; en este sentido, las diferentes hipótesis y los medios de prueba utilizados para la comprobación de un hecho crean la confianza o el grado de conocimiento o

probabilidad que generan una adecuada decisión. Todo lo anterior deja claro que

El estándar de la prueba prevalente sigue siendo un concepto altamente indeterminado y, por lo mismo, debe aplicarse con prudencia y elasticidad, siguiendo los métodos de la fuzzy logic en lugar de cuantificaciones analíticas precisas, que serían altamente arbitrarias. En este sentido, es posible afirmar que el juez realizará una aplicación correcta de este estándar solamente cuando sea verdaderamente cierto que la probabilidad de un enunciado es prevalente sobre la probabilidad de su falsedad, o sea que, también en la hipótesis peor, el estándar será seguramente superado. Esto nos puede llevar a excluir que subsista el requisito de la probabilidad prevalente cuando la probabilidad de la hipótesis se ubica dentro de un range que incluye el 50% y se coloca “alrededor” de dicho valor (como sería, por ejemplo, una probabilidad individualizada en un intervalo entre el 40% y el 60%), porque ello implicaría la eventualidad de un grado de probabilidad inferior al mínimo necesario. Por ello es necesario que también el umbral mínimo del range de probabilidad de la hipótesis se coloque claramente por encima del 50%. Así las cosas una situación verdaderamente clara sólo se tiene con valores de probabilidad que oscilan entre el 55-60% y valores superiores, con grado medio del range de alrededor del 70%. (Michelle Taruffo, 2005, p.69).

5. Conclusiones

La valoración es el momento más importante del proceso, en ella, la labor intelectual de los jueces está basada en una actividad intelectual de percepción sobre la información que entregan los medios de conocimiento —medios probatorios— legalmente obtenidos y guiados por el derecho para comprobar la veracidad de las afirmaciones, esto bajo la certeza o casi certeza que nos demarca el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, estándar imperante en materia penal (probabilidad prevalente en materia civil).

La construcción del conocimiento y del razonamiento se verá representada en la buena ejecución de los juicios de relevancia y en la valoración realizada por el juez, ubicando todo el estudio razonado de las pruebas como principal motivación de las decisiones. La mayoría de reflexiones al respecto enfatizan en la importancia

que tiene la labor intelectual y la investigación para el proceso, y en el interés de que esta sea una corriente que —con el pasar del tiempo— llene de fuerza las decisiones de la jurisdicción.

La importancia del proceso, y su crecimiento desde el estudio razonado de las pruebas, es piedra angular del entendimiento de los sistemas de valoración y aplicación objetiva. Entendiendo el estándar de prueba como el medio de control por el cual las decisiones establecen los más rigurosos grados de certeza para que el conocimiento que pretende el proceso se desarrolle por medio de la epistemología y del alcance de las pruebas.

Las malas decisiones, carentes de un buen proceso, se ven representadas por la falta de razonamiento en la construcción del conocimiento. Dejar de lado el estudio epistemológico solo puede terminar en la mala ejecución de principios como el de la legalidad, el de la publicidad y el de la imparcialidad. Siendo los jueces operadores de las decisiones, son ellos quienes pueden impulsarlas —a través de una alta confianza subjetiva—, lo que vulneraría toda la estructura razonada del proceso y marginalizaría los sistemas de valoración y los aportes realizados por las ciencias.

El proceso penal es garantista y se esmera porque las sentencias sean la proyección de una buena labor judicial. Sin embargo, para todo el entorno procesal debe resaltarse que el estándar, como se sostuvo a lo largo de este escrito, es un mecanismo de control esencial que no debe restringirse solamente a una parte del discurso repetitivo de juristas y funcionarios del derecho que pretendan —con simplemente hacer mención de los diferentes estándares— haber visto bien ejecutada su función, sin pensar en la importancia de la argumentación y de la creación del conocimiento que, finalmente, es el sustento de las sentencias y de los fallos judiciales.

TRABAJOS CITADOS

- Fernández, Mercedes. (2007) La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. Alicante, Dpto. de Derecho Procesal Universidad de Alicante.*
- Gascón, Marina. (1999) Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales.*
- Gascón, Marina. (2005) Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Madrid: Cuadernos de filosofía DOXA No 2, p.3.*
- Mercedes. (2007) La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable.*

Alicante, Dpto. de Derecho Procesal Universidad de Alicante. p.3

Laudan, Larry. (2005). *Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. México: Cuadernos de filosofía DOXA No 32, p. 11.

Ramírez, Diana. (2017). *La prueba en el proceso: una aventura intelectual*. 2da Ed. Medellín: Ed, Jurídica Sánchez.

Taruffo, Michelle, (2008). *La prueba, Artículos y Conferencias*. Editorial Metropolitana.

Taruffo, Michelle. (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. En: *Justicia electoral* No 20. México, p.72.

Velásquez, Rosmery. *El Derecho a la Verdad. Reflexiones sobre el sistema acusatorio*.

Jordi Nieva Fenoll. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid|Barcelona|Buenos Aires: Marcial Pons.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 9 [Titulo II]. 2da Ed. Legis.

Congreso de Colombia. (1 de septiembre de 2004) Artículo [Titulo I]. Código de procedimiento penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.

Congreso de Colombia. (12 de Julio de 2012) Artículo 164 [Titulo único] Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Congreso De Colombia. (1 julio 2016). *Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015*. [Ley 1786 2016].

SENTENCIAS

Corte Constitucional Sala Plena. (8 de marzo 2005). *Sentencia de constitucionalidad C-202*. [MP Jaime Araujo Rentería].

LAS FINALIDADES DIFUSAS DEL DERECHO PROCESAL COMO ÓBICE PARA LA ÉTICA PROFESIONAL

DÍAZ GUEVARA, Andrea Catalina; CASTILLO GONZÁLEZ, Laura Alejandra; LONDOÑO AVELLANEDA, María Camila; PÉREZ JIMÉNEZ, Jessica Daniela; SIERRA RAMÍREZ, María Alejandra; VIANCHA RINCÓN, Luisa; ZAMBRANO VILLAMIZAR, Laura Gabriela¹.

RECIBIDO: 16 de marzo de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

Este documento tiene como objetivo realizar un análisis al ejercicio de la ética profesional de los abogados uniandinos frente al proceso judicial en Colombia. De este modo, con el propósito de determinar la finalidad de dicho proceso, respecto a la administración de justicia, se expondrá un recuento de sus fines desde la doctrina internacional, la jurisprudencia y la ley colombiana. Posteriormente, se ahondará en la visión ética de los abogados cuando acuden al proceso judicial, identificando así las prácticas recurrentes en su ejercicio y sus justificaciones. Así pues, en esta segunda parte del texto se presentarán los resultados de encuestas implementadas a estudiantes, profesores y abogados de la Universidad de los Andes que ejercen el Derecho. En la última sección, se esbozarán las conclusiones a las que se llegó mediante el análisis de los fines del proceso judicial y las prácticas recurrentes de los abogados, esto con el fin de contribuir y avivar la discusión de la importancia de la ética profesional en el ejercicio del Derecho. De esta manera, el texto termina exhortando a la comunidad jurídica a debatir, con el fin de determinar el tipo de prácticas que sí están legitimadas por los fines del proceso.

PALABRAS CLAVE: Proceso judicial, finalidades, ética profesional, prácticas, abogados.

¹ Universidad de los Andes, estudiantes de la Facultad de Derecho de 7°, 8° y 9° semestre. jd.perez10@uniandes.edu.co Los autores de esta ponencia, son miembros del semillero de investigación de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Como estudiantes de pregrado de diferentes semestres, hemos unido esfuerzos e ideas para realizar un trabajo investigativo y de análisis, que pudimos materializar en el presente escrito. Más allá de repetir discursos ya oídos y ponencias comunes, queremos generar impacto sobre el contexto actual. El semillero se ha destacado por un trabajo consciente y por una visión progresista y transformadora del Derecho Procesal.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the exercise of the professional ethics of Uniandes lawyers before the judicial process in Colombia. In this way, with the aim of determining the purpose of this process, regarding the administration of justice, a resource for the support of international doctrine, jurisprudence and Colombian law will be presented. Afterwards, the ethical vision of the lawyers will be deepened when they go to the judicial process, identifying the recurrent practices in their exercise and their justifications. Thus, in the second part of the text the results of the surveys made to students, professors and lawyers of the Universidad de los Andes who practice law, are presented. In the last section, the conclusions will be presented that can be accessed through the analysis of the objectives of the judicial process and the recurrent practices of lawyers, this with the purpose of contributing and stoking the discussion of the importance of professional ethics in the exercise of Law. In this way, the text ends by exhorting the legal community to debate, in order to determine the type of practices that are legitimized by the purposes of the process.

KEY WORDS: Judicial procedure. Practice. Lawyers. Professional ethics. Aims.

1. Introducción

El presente texto abordará como fundamento investigativo la ética de los abogados en el proceso judicial. Para ello, se analizarán los fines del proceso en Colombia, con el objetivo de determinar —con claridad— las conductas esperadas, éticamente correctas o no, de los abogados dentro del proceso judicial cuando los ciudadanos acuden a la administración de justicia. Estas conductas “antiéticas” muchas veces se encuentran justificadas en la teoría y en el mundo de las ideas, del proceso judicial, originando el conflicto que fundamenta la presente investigación. Así pues, dada la inexistencia de una única interpretación sobre la finalidad, o finalidades, del proceso, se hace prácticamente imposible determinar si las conductas procesales de los apoderados son acordes con dichos propósitos y, por lo tanto, éticamente válidas. De lo anterior se deriva que —materialmente— las conductas castigadas por la ética profesional, catalogadas como graves, son las que a su vez involucran la esfera penal; es decir, las que se configuran como un delito. Así, otras faltas disciplinarias son identificadas como leves por el legislador, por lo que se dejan pasar por alto sin consecuencia

alguna. Lo anterior, no solo refleja el poco desarrollo de la ética profesional, sino que además perpetúa esta práctica.

2. Objetivos

- Delimitar y, si es posible, identificar los criterios que se refieren a la finalidad del Derecho Procesal en Colombia.
- Identificar los argumentos que involucran, de manera general, la normatividad vigente que orienta el tema disciplinar de los abogados en Colombia bajo la luz de los fines del proceso. De esta manera, se podrá expresar si el sentido ético consagrado en la Ley coincide con las fallas éticas recurrentes en el ejercicio de la profesión.
- Establecer una relación directa entre el Derecho Procesal y la Ética Profesional a partir de la doctrina y de la jurisprudencia referente a los fines del proceso en Colombia.
- Con base en los hallazgos de la investigación y a través de la elaboración del trabajo, dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿La ética profesional de los abogados en Colombia podría verse redireccionada de manera positiva gracias al entendimiento de la finalidad del Derecho Procesal?

Así las cosas, se ahondará en la visión ética del abogado en el momento en el que acude al proceso, así se podrán identificar las prácticas que para estos actores no son parte de su deber actuar, las que están en la penumbra y las que le son permitidas cuando representa a su cliente dentro de la administración de justicia. Asimismo, se pretende identificar si las actuaciones que estos abogados encuadran en los fines del proceso implican una dicotomía con las finalidades del mismo, lo que representaría una malversación del mismo. De igual manera, se pretende evidenciar si existe un consenso entre los fines del derecho procesal que estos profesionales del derecho identificaron, pues no se tendría certeza de una posible malversación, si no se conoce el verdadero significado del proceso.

Para abordar estos puntos, se planteó una parte teórica que consta de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. Adicionalmente, se llevaron a cabo estudios de caso.

3. Metodología

El presente trabajo de investigación consta de dos partes. En primer lugar, se ubica el marco teórico, en el que se desarrollan las ideas del texto y se analizan los argumentos que pretendemos defender. Este marco teórico se elaboró a partir de un método de análisis-síntesis. Este método consiste en el estudio independiente y concreto de cada una de las partes de la investigación. En este caso, abordamos dos temas principales, a saber: la ética profesional y el derecho procesal, esto con el objeto de obtener una comprensión clara y plena de la temática global y de lograr delimitar la relación existente entre las mismas. Para ello hicimos uso de la doctrina con autores dedicados al estudio y comprensión de la ética en nuestra profesión y recopilamos la jurisprudencia reciente sobre la finalidad de los procesos judiciales en Colombia.

La metodología de la segunda parte consistió en realizar una encuesta a estudiantes de todos los semestres de pregrado, posgrado, maestría, doctorado y a los profesores de derecho de la Universidad de los Andes. Las muestras de esta encuesta fue de 100 personas, tomadas de manera aleatoria dentro de los grupo mencionados. El motivo por el que se seleccionó este método probabilístico fue para poder recopilar información acerca de las decisiones o de los patrones éticos que evidencian los estudiantes de derecho dentro del marco del proceso judicial.

El objetivo de las encuestas era poder realizar una observación y análisis, bajo un marco de investigación hipotético-deductivo; es decir, asignando valores numéricos a los hallazgos, con el fin de encontrar posibles interrelaciones entre los datos. De ahí que cada pregunta de la encuesta guardara concordancia con las finalidades del proceso que se habían identificado en el marco teórico; cada una de ellas estaba basada en una relación de ponderación entre dichos fines, lo que permitió organizar y analizar los datos de forma cuantitativa.

En las encuestas se presentaron cuatro casos con dilemas éticos dentro del contexto de un proceso judicial en el que los encuestados debían tomar decisiones como abogados. Uno de los casos planteaba discusiones tradicionales que suponían una posición-decisión relativamente más clara para el encuestado en términos éticos. Mientras que los otros tres casos tenían soluciones más debatidas en el plano cotidiano y, por tanto, se hizo más difícil encontrar posiciones unánimes sobre dichas controversias éticas. Así pues, cada caso contaba con cinco opciones de respuesta, una de las cuales permitía describir otra alternativa

y las demás se enfocaban en alguno de los fines del Proceso: verdad material, verdad procesal, justicia o lealtad procesal. No obstante, los encuestados no sabían que las opciones de respuesta se encontraban orientadas hacia un fin específico del Proceso, esto con el objetivo de que este conocimiento no influenciara sus respuestas.

Finalmente, una vez construido el marco teórico con base en la doctrina y en la jurisprudencia recopilada sobre la ética en el ejercicio del derecho y sobre los resultados de análisis de los cuatro casos con controversias éticas aplicados a los encuestados, se creó una conclusión general con respecto a la ética de los abogados dentro del proceso judicial.

4. Marco Teórico

El derecho implica que quienes lo ejercen desarrollen ciertos tipos de comportamientos más allá de su conocimiento específico, estos son un sinnúmero de conductas que los académicos han denominado la ética. Según Chaves López (2013, p.146): «la Ética, [...], invita a “comportarse de determinada manera”, con base en la reflexión sobre la particularidad del ser humano de auto limitarse. De ahí que la concepción de esta es “obrar de acuerdo a la ética, se corresponde con obrar de acuerdo a un código definido de antemano”. Es a partir de este concepto que los individuos, de forma conjunta, crean un imaginario social o una serie de pautas y reglas sociales que deberán ser tomadas en cuenta por cada uno de los sujetos que conforman un conglomerado social, pues solo con el efectivo cumplimiento de estos parámetros será posible lograr la sana convivencia y mantener una buena relación con los semejantes. De acuerdo con esto, el ser humano, incluso en su profesión, está llamado a auto limitarse, a establecer un deber ser de las conductas que puede o no ejercer.

De esta manera, establecer una relación directa entre el derecho procesal y la ética profesional se convierte en el eje central de nuestro trabajo, su importancia radica en que —a partir de esta relación— se podrá identificar la mejor forma en la que se puede interactuar de una manera responsable y positiva. Cuando se tiene claridad sobre la estrecha relación entre el derecho procesal y la ética profesional, se puede llegar incluso a direccionar la conducta de los abogados hacia un fin más benéfico que se traduce en acciones correspondientes a la finalidad y al espíritu de las leyes; pues delimitando los objetivos que persigue el derecho procesal, se fortalece esta institución, se vuelve más objetivo su desempeño y su desarrollo. Al

haber diversas interpretaciones de la finalidad del proceso, también hay diversos usos. Así, si bien entendemos que lo dicho hace parte de la discrecionalidad y de la libertad que ofrece el derecho, es claro que, igualmente, resulta nocivo el hecho de que no existan límites que esclarezcan las fronteras en las que deben permanecer los abogados. Esto debido a que el proceso —en teoría— es una herramienta neutral; sin embargo, algunos profesionales del derecho lo han mal utilizado para sacar ventaja. Así las cosas, debemos propender por encontrar un punto de contacto en el cual dilucidemos el contenido del proceso y el uso que se le debe dar, esto en concordancia con los fines del mismo, pues, actualmente, su eficacia y sus objetivos terminan dependiendo exclusivamente de criterios e intereses subjetivos, lo que deja atrás la justicia y la paz social.

En lo concerniente a la ética en el ejercicio del derecho; Mauricio García Villegas (01 de julio de 2016) ha mencionado que

En Colombia tenemos una profesión que no siempre cumple con [los propósitos éticos]. Con demasiada frecuencia el derecho es usado para defender intereses particulares e incluso para debilitar al Estado. Eso se debe, creo yo, a que la profesión jurídica está en buena medida capturada por los litigantes y asesores jurídicos que son, entre todos los profesionales del derecho, los menos inclinados a defender lo público y las instituciones.

El objetivo de la ética profesional es que prevalezcan los ideales de la profesión por encima de los valores individuales (por encima de la consciencia individual). Por esta razón es que los abogados, aún sabiendo que su cliente es culpable, guardan el secreto profesional y defienden a su cliente; esto lo hacen, no porque su consciencia individual se los ordene (seguramente esa consciencia individual les pediría que revelaran el secreto) lo hacen porque su ética profesional se los impone.

Ahora se hace imperioso definir qué es el proceso y cuál es la finalidad que busca. En este sentido, Eduardo Couture (1958), en su obra: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, manifestó que el proceso es un procedimiento que se dirige a cumplir la función jurisdiccional por medio de un conjunto de actos idóneos para dirimir un conflicto. Ahora bien, Goldschmidt (1931) planteó al proceso como una situación jurídica que depende de las cargas dinámicas de las partes. De ahí que el derecho procesal civil pueda ser definido como un conjunto de normas de orden formal, que se comunica con las demás ramas del derecho, en el que se arraiga al concepto de tutela jurídica y que, además, es un derecho justiciable, de

allí que también se combine con el derecho público. Igualmente, en concordancia con Iván Cordero (2011), dicho instrumento de resolución de conflictos debería contener —en sí mismo— herramientas que permitan proteger los intereses contrapuestos de las partes y que garanticen efectivamente el derecho que alega el debido proceso. Del mismo modo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-179 (2016), estableció que, si bien dicho procedimiento no constituía un fin del Estado Social del Derecho per se, este es un instrumento dirigido a la realización del derecho sustancial conforme al mandato contenido en el artículo 228 de la Constitución Política de 1991 y, por ende, esto significa que las formas procesales deberían estar direccionadas a cumplir con los fines del Estado y a otorgar eficacia a los principios de «independencia y autonomía de la función judicial, publicidad de la actuación y garantía de acceso a la administración de justicia». En cuanto a esto, cabe resaltar que los fines estatales mencionados están expuestos en los primeros artículos del texto constitucional, en donde se puede evidenciar que el proceso está dirigido a garantizar específicamente, entre otros, «la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo».

Respecto a la relación que existe entre el proceso y el Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-768 (2014), manifestó que es deber del juez —al ejercer la función directiva del proceso— propender por la justicia material, la cual consiste en la obtención del derecho sustancial y en la búsqueda de la verdad. Así pues, dicho tribunal establece que «no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material». No obstante, considera que aunque el concepto de verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se le atribuye a las autoridades y a los asociados; llegar a un acuerdo sobre lo que es esa verdad resulta —muchas veces— ontológicamente imposible de establecer.

En concordancia con la Corte Constitucional, es posible manifestar que si bien los fines del proceso están establecidos expresamente por los mandatos constitucionales, estos resultan vagos y de difícil entendimiento debido a su falta de contenido. Pues, tal como lo afirma este tribunal constitucional, la verdad es un concepto muchas veces utópico y que, al considerar el contexto colombiano, se convierte aún más en una ilusión. Asimismo, en Colombia, los juristas poseen libertad probatoria, lo que significa que cuentan con la facultad de presentar todos los materiales que estén a su alcance con el fin de fundamentar la certeza

de su decisión. Esta potestad muchas veces es utilizada para malversar o para manipular la posición del juez, pues se basa en la idea de que la verdad es la verdad procesal, es decir, aquella que se puede probar. Es debido a esto que afirmar que la verdad es la guía del proceso es falaz, pues no es posible llegar a un lugar que nadie conoce, en qué consiste, ni cómo llegar.

Asimismo, Joan Picó (2006), cuando expone la tensión suscitada entre el fenómeno de la publicitación y el de la constitucionalización del proceso civil, afirma que: si bien el juez tiene asignada la función pública de resolver conflictos, las herramientas que posee para lograr la máxima eficacia en su función se quedan cortas y, muchas veces, entran en contradicción con las garantías constitucionales. En el mismo sentido, el autor expone que aunque los litigantes son libres de disponer de sus intereses (objeto del proceso), estos no deberían estar en capacidad de moldear el proceso mismo o su desarrollo; en este sentido, el proceso no se puede convertir en un medio para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva de intereses privados, pues de ser así perdería su esencia y se pondría en peligro la paz social que busca y por la que nos asociamos en comunidad.

Es imperioso reconocer la vaguedad del contenido de los fines que persigue el proceso y, a su vez, la maleabilidad que esto produce en el mismo. Si hablamos de el proceso como de un instrumento de solución de conflictos en el que se propende por la realización de los fines del Estado Social de Derecho, se tendría que comenzar por definir cuáles son estos últimos fines y cómo se puede llegar a alcanzarlos; ya que si no se sabe a dónde se debe llegar, no es posible determinar el camino y, por ende, se puede llegar a caer en una relatividad total y abrumadora en la que cualquier procedimiento y resultado es válido. Adicionalmente, es pertinente establecer la importancia que tiene el proceso como una herramienta valiosa que procura garantizar que haya ética por parte de los actores del ámbito jurídico. Como lo resalta la Corte Constitucional: «el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales».

Así las cosas, el argumento principal de este texto se basa en la idea de que la ética profesional de los abogados en Colombia debe ser un tema primordial. Puesto que es allí, dentro del proceso, en donde se evidencia la manipulación y la dicotomía en el actuar de los abogados. El Derecho Procesal, entonces, puede ser considerado como una herramienta con doble propósito (“neutral”), ya que —dependiendo del uso que se le dé— será benéfico o perjudicial para la ética

profesional. En esta medida, se debe explicar por qué las reglas de procedimiento son tan significativas en el contexto colombiano, al ser estas las que lo regulan, el

deber ético del abogado se ve vertido en varios principios como lo son la buena fe, la lealtad entre las partes, transparencia (...) del cual se desprenden todo el conjunto de garantías que deben ser respetadas a cualquier individuo cuando acude ante la administración de justicia (Sañudo, 2014).

Esto quiere decir que de este tipo de normas se desprende una obligación de las personas que ejercen el derecho, la cual determina que deben actuar de cierta forma atendiendo a criterios valorados éticamente. Lo anterior en aras de buscar que haya más transparencia en el sistema de justicia del país.

La regulación normativa, específicamente el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123, 2007), permite apreciar y entender lo que entiende el legislador por un abogado ético; ya que en este código se determinan las faltas en las que podrían incurrir los abogados. De la misma forma, como lo menciona la Corte Constitucional, con este tipo de normatividad se «fija un punto de referencia ético al ejercicio de la profesión del derecho cuyo alcance no se limita a resolver problemas de orden técnico, sino que se proyecta también en el ámbito ético» (Sentencia C-212/07). Con esto, la norma —al establecer las diferentes sanciones— establece estándares de conducta que todo abogado debe atender en su obrar profesional. Adicionalmente, al establecer un patrón de conducta y al abarcar deberes, el Código contempla «las prohibiciones, las faltas y sanciones a que están sometidos quienes violen dichas normas. Igualmente se establecen -en tal decreto- los procedimientos que deben observarse en el desarrollo de los procesos disciplinarios» (Sentencia C-060 de 1994). Teniendo en cuenta que la Ley contiene unas normas mínimas de comportamiento ético para orientar lo que debe ser el ejercicio de la profesión, la Corte argumenta la necesidad de esa intervención normativa, pues la abogacía cumple una función social en la medida en que se desempeña (Sentencia C-190/96). Cabe resaltar que el proceso, al igual que toda norma en el ordenamiento jurídico colombiano, debe ser siempre aplicado e interpretado conforme a las exigencias derivadas del Estado social, democrático y pluralista de derecho y bajo plena observancia de los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales derivados de la Constitución de 1991. En ese orden de ideas y siguiendo la idea de la Corte: «estas intervenciones han de ser razonables y proporcionales al interés que se busca proteger» (Sentencia C-190/96); es decir, se debe respetar la libre escogencia de oficio y ejercerla libremente, evitando que se ejerza abusando del derecho o

causando perjuicios a terceros o al mismo Estado. Así, lo que busca el legislador con el Código Disciplinario del Abogado es designar un grado de responsabilidad al abogado que ejerce la profesión y, a su vez, concretar un grado de diligencia media que debe tener un profesional en el país, como lo dispone el artículo 37 del Código (Ley 1123 de 2007).

En este orden de ideas, la Ley 1123 de 2007 está orientada a plasmar dentro de su articulado valores y comportamientos que se consideran “correctos”, en virtud de la función social que desempeña el abogado. Anteriormente reconocimos que el derecho procesal tiene distintos fines (algunas veces contradictorios) y lo mismo pasa con la ética profesional; esta le pide al abogado que defienda los intereses de la justicia, pero también que defienda los intereses del cliente; por ende, habrá casos en los que sea difícil saber si la defensa de uno implica el desconocimiento del otro.

El título denominado: “Principios Rectores”, en el marco de las actuaciones del profesional del derecho, es un reflejo de la necesidad de plasmar y concretar conductas encaminadas a seguir las disposiciones normativas, a defender y a amparar los derechos fundamentales y a colaborar con la realización de los fines del Estado. La dignidad humana, el debido proceso, la legalidad, el derecho a la defensa, entre muchos otros, son algunos de los principios enunciados en el título en discusión, los cuales ya se encuentran previamente reconocidos en la esfera constitucional y, por tanto, resultan ser de obligatorio cumplimiento. A partir de allí, es menester preguntarse por qué el legislador encontró necesario reforzar —dentro de la Ley— los mandatos éticos que deben orientar el ejercicio del abogado. De igual forma, si este compilado de mandatos efectivamente resulta estar acorde con lo que se llamaría la práctica de la ética generalizada en la sociedad. Las respuestas a estos interrogantes son complejas, pero es claro que la construcción del Código Disciplinario se tuvo que realizar con base a la realidad circundante del Estado Colombiano y a la concepción general del correcto accionar de un profesional del derecho.

En este sentido, lo anterior es el resultado de la existencia de una falla generalizada en la ética difundida en la sociedad. La falta disciplinaria impuesta al abogado solo es aplicable siempre y cuando esté en directa y estrecha relación con algún delito tipificado en el marco del Código Penal. En otras palabras, si el accionar o la omisión en el deber y en el ejercicio de las labores del abogado no permea el campo de la justicia penal, se hace necesario afirmar que no es ilegal o moralmente incorrecto, en tanto no está prohibido en el ordenamiento judicial.

En la sentencia C-884 de 2007, la Corte Constitucional hace mención de que el derecho disciplinario es una de las expresiones más importantes del control y vigilancia del Estado y que el legislador ordinario, por medio de la expedición del Código, está obligado a garantizar la obediencia, el comportamiento moral y la eficiencia en las actuaciones del abogado; esto debido a la concretización de los fines constitucionales y sociales que debe perseguir el profesional en el derecho. El legislador, en materia disciplinaria, busca tipificar y determinar las sanciones de las conductas, no obstante, ante la imposibilidad de regular todo lo respectivo, debe realizar una remisión normativa a las disposiciones penales bajo una interpretación sistemática. Así, la infracción disciplinaria siempre va a suponer la existencia de un deber que por olvido, incumplimiento o desacato genera una respuesta represiva por parte del Estado (Sentencia C-948/02), el cual se enfocará en determinar si la acción u omisión del abogado genera o no una sanción dentro del ordenamiento, en miras a lo contenido en el Código Disciplinario (Ley 1123 de 2007) y en conexión con el Código Penal. Es por esto que la estrecha relación entre las dos materias, conlleva a que lo moralmente incorrecto esté en directa conexión con lo que es considerado ilegal y típico dentro del ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo expuesto, se evidencia cómo el legislador colombiano — desde la expedición del Decreto-Ley 196 de 1971 y, posteriormente, con la Ley 1123 de 2007 — se ha preocupado constantemente con respecto al ejercicio de la abogacía. Puesto que, como ya se dijo, esta profesión acarrea un nivel más alto de responsabilidad y diligencia que otras, debido a la función social que cumple. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha

sostenido que el ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia, así como la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional como son la eficacia, la celeridad y la buena fe (Corte Constitucional, Sentencia C-948, 2002).

En relación con los fines de la profesión, puede afirmarse que el legislador quiso dar relevancia especial a la función social que cumple el abogado, de forma que estos fines, expuestos en los artículos primero y segundo del Decreto 196 de 1971, pueden ser complementados por algunos de los deberes establecidos en la Ley 1123 de 2007, tales como:

observar la constitución y la ley (art.1), defender y promocionar los derechos humanos (art.2), colaborar en la realización de la justicia y los fines del Estado (art.6), prevenir litigios «innecesarios, inocuos o fraudulentos», facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos (art.13) y abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias (art.16) (Sentencia C-884/07).

La profesión del abogado adquiere una especial relevancia social, pues se encuentra íntimamente ligada a la búsqueda de un orden justo y al logro de una convivencia pacífica.

Es por eso que se emiten estas normas, para determinar un estándar del deber actuar de todo abogado prudente, diligente y respetuoso; para desarrollar los fines mismos del Estado Social de Derecho. El Decreto 196 de 1971, creó el estatuto del ejercicio de la Abogacía, pero fue la Ley 1123 de 2007, la que estableció y actualizó el régimen disciplinario del abogado. Así mismo, el Decreto anterior no contemplaba principios rectores, por lo que la Ley 1123 implementa los principios rectores que orientan la actuación disciplinaria. Estos principios, representan garantía de que el proceso de investigación, juicio y condena de los sujetos disciplinables será transparente y sin arbitrariedades.

4.2. Doctrina

Es importante mencionar que si bien en el apartado anterior se abarcan las normas que regulan la responsabilidad del abogado por la defensa de la justicia, los derechos y la verdad, estas son inoperantes a la hora de evaluar la conducta del abogado. Por lo tanto, el objetivo de este apartado es resaltar que el no cumplimiento de esta responsabilidad profesional depende del sistema de justicia bajo el que se desenvuelva el abogado y que es fundamental para el correcto funcionamiento del sistema un entendimiento generalizado sobre la finalidad del proceso judicial y sobre el correcto uso de este para que la ética profesional del abogado no se vea desdibujada. Con el fin de entender lo anterior, es fundamental aclarar que el argumento del vínculo de no responsabilidad del abogado y del sistema de justicia se deriva del texto: *Legal ethics and human dignity* de David Luban (2007). En su obra, el autor establece que dentro del sistema acusatorio existen unas reglas implícitas de la conducta profesional en las que se considera a los abogados como personas cuyo «deber de lealtad a sus clientes significa que deben, si es necesario, hacer todo lo que la ley permite para promover los

intereses de sus clientes, independientemente de si esos intereses son dignos o no» (Luban, 2007)². De igual manera, Luban establece que el sistema adversarial no tiene suficientes bases por sí mismo, por lo que los profesionales de la abogacía utilizan como excusa el funcionamiento del sistema para justificar conductas que deberían ser consideradas irresponsables profesionalmente.

Por otro lado, el autor, haciendo referencia a la ética en el contexto legal, trae a colación lo afirmado por Samuel Taylor Coleridge, quien afirma que «existe un indudable límite a los esfuerzos de un abogado por su cliente, el abogado no tiene derecho, ni tampoco es su deber, hacer por su cliente lo que el cliente en foro conscientiae no tiene derecho a hacer por sí mismo (Luban, 2007). Sin embargo, tal como se evidenciará a lo largo de este análisis, suele existir una amplia brecha entre los límites formales del abogado y los límites materiales.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante establecer que la deficiencia en nuestro sistema de justicia no solo se refleja en las instituciones imperfectas y en las leyes inoperantes, sino en su uso, modificación y transgresión; pues, tal como lo afirma Ruan (2005): el fracaso o éxito de las instituciones depende del manejo que le den sus integrantes. Así pues, el abogado está imbuido en una ética de rol que le exige actuar en formas que las demás personas pueden considerar incorrectas. Vale la pena destacar el texto: De la responsabilidad profesional de abogados en el marco del código ético escrito por Rincón (2016); la autora, si bien habla de la función social del abogado y de lo imprescindible del sentido ético de este, también establece que «muchos de los profesionales se arraigan a hacer de sus prácticas ilícitas, ya que conforme a la dogmática existente en el derecho disciplinario comprobar la falta resulta algo difícil para la determinación de la conducta, en el evento de demostrar actuar con absoluta honradez» (Teleki, citado en Rincón, M., 2016). Esta crítica que se hace a la reglamentación disciplinaria de la conducta del abogado se fundamenta en el hecho de que los códigos disciplinarios tienen un contenido muy abierto. Respecto a las diferentes circunstancias y actividades que desempeña el profesional de la abogacía hay muchos interrogantes, pues no es claro el tipo de sanción o responsabilidad que se les atribuye a estos dependiendo de cada una. De igual manera, la autora establece que el código de ética del abogado (2007), tiene muchos vacíos que no logran adecuarse a la realidad de diferentes conductas del litigante.

En conexión con esta crítica, se debe considerar el texto de Acceso a la justicia, regulación y colegiación de los abogados: relaciones (Teleki, citado en Rincón,

² Todas las traducciones de este texto fueron desarrolladas por las autoras del artículo.

2016), que establece una crítica a la regulación eficaz de la ética profesional en la que se sostiene que la ausencia del compromiso moral y ético —frente a la administración de justicia— se puede evitar con una agremiación que tenga entre sus facultades la disciplina y el control, así como la capacitación ética de los abogados, para poder contribuir a que la justicia sea ágil y oportuna. De acuerdo a como se equilibren las cargas procesales, el respeto se convierte en una constante para todos los sujetos o intervinientes. «En este sentido la regulación debe estar dirigida a las universidades, a la seriedad de los programas educativos, de sus compromisos institucionales con los valores del Estado Social y democrático de Derecho» (Teleki, citado en Rincón, 2016).

Así pues, se debe resaltar el análisis que hace Luban con respecto a las normas que regulan el comportamiento del abogado, para ello cita el actual modelo de reglas de la conducta profesional en el que se invita a los abogados a «actuar con compromiso y dedicación a los intereses de su cliente y con fervor en la defensa del beneficio de su cliente» (Luban, 2007). Esto lleva al autor a concluir que el sistema de administración de justicia impone necesariamente, a quienes ejercen la abogacía, obligaciones que pueden superar los límites de la moral, sin superar los límites legales. Estas obligaciones llevan a suponer que la ley convierte un acto inmoral en un acto moral, por ello es común escuchar que el abogado «estaba haciendo su trabajo» (Luban, 2007), como una excusa frente a alguna conducta que podría ser calificada como antiética. Por lo tanto, se evidencia que —en este sistema— la ley gobierna a la moral y asume que fuera de sí hay otra moral; en otras palabras, se puede entender que «los abogados tienen un papel moral que puede diferir dramáticamente de la moralidad fuera del papel, que deberíamos llamar “moralidad común”» (Luban, 2007).

Actuar de manera ferviente significa actuar al margen de la ley, sin embargo, este margen no coincide con los márgenes de las concepciones morales y políticas que constituyen el espíritu de la ley en cuestión (Luban, 2007). Esto significa que si un abogado restringe su fervor por sus propias presunciones morales no está cumpliendo con el rol que le ha sido asignado en el proceso. Igualmente, los abogados que ejecutan conductas antiéticas creen que su actuar está justificado o excusado por la misma naturaleza del sistema, lo que perpetúa este tipo de comportamientos (Luban, 2007).

Lo anterior podría ser explicado por Luban (2007), teniendo en cuenta que la regla moral se subordina a la regla profesional y que la regla profesional impone la idea de ser un abogado exitoso sobre la idea de ser un “buen hombre”. Por lo tanto, el abogado no solo entrega a su cliente sus habilidades y su conocimiento,

sino a sí mismo, haciendo lo que esté a su alcance para alcanzar su objetivo: el éxito. De la idea de la “regla profesional” nace lo que Murray Schwartz (Citado en Luban, 2007) llama el principio de profesionalismo; este autor afirma que «el abogado que niegue su asistencia profesional porque en su juicio el caso es injusto o indefendible, está tomando las atribuciones del juez o del jurado». Esto quiere decir que se espera que los abogados permanezcan moralmente neutrales hacia los intereses del cliente, absteniéndose de juzgarlo.

Esencialmente, con respecto al sistema adversarial, Luban afirma que este no tiene justificación en sí mismo. Esto resulta relevante, ya que el proceso en Colombia también implica un enfrentamiento constante entre las partes, obviando algunos valores fundamentales del proceso como la verdad, los derechos o como proteger el proceso de las extra-limitaciones del poder. Teniendo en cuenta esto, es posible concluir que la utilización del proceso, por parte del profesional, no busca encontrar la verdad sino usar sus herramientas para adecuar los intereses del cliente y conseguir su beneficio. Para conseguir la verdad se requiere total transparencia, esto quiere decir que si la contraparte ha pasado por alto un hecho favorable para su caso, la regla requiere que se ponga en sobre aviso al juez acerca del hecho, para asegurarse de que él no lo pase por alto.

Se debe resaltar que si bien en ocasiones «los técnicos del proceso, jueces, abogados y partes, tienen la consciencia de que el mecanismo funciona mal; esta consciencia aflora ocasionalmente en los ambientes legislativos; pero casi nunca parece que hubiera otra cosa que hacer salvo modificar las leyes procesales» (Carnelutti, 1997). En este punto es imperativo anotar que estas modificaciones procesales poco pueden hacer para cambiar la conducta ética del abogado y si bien «nuestras leyes procesales no son perfectas; [...] son bastante menos malas de lo que se dice; [y] aunque fuesen mucho mejores, las cosas no andaban mejor, pues el defecto está, mucho más que en las leyes, en los hombres» (Carnelutti, 1997). Lo anterior demuestra que, si bien el proceso judicial puede no ser ideal, los abogados usan su imperfección y fallas en muchas ocasiones para dejar de cumplir con el debido proceso y, en cambio, alcanzar los objetivos impuestos por sus obligaciones profesionales, faltando así a la ética del abogado.

Por tanto, es posible afirmar que si bien existe una crisis en el sistema de justicia —debido a instituciones imperfectas, leyes inoperantes, corrupción, entre otras razones, que son causadas por el mal uso del proceso debido a la falta de ética profesional (en su mayoría del abogado)—, el buen manejo del proceso podría ser la cura para lo anterior (Ruan, 2005). Es decir, para que los abogados atendamos mayormente a nuestra ética profesional, se debe tener claro el espíritu de la ley

procesal, para no alejarse de ella y para usar adecuadamente las herramientas que el derecho procesal concede de la manera más clara, responsable y ética

5. Hallazgos

Como ya se explicó anteriormente, la metodología utilizada para conseguir estos resultados consistió en la aplicación de una encuesta a profesores y estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes. Esta encuesta contenía cuatro casos con dilemas éticos, cuyas preguntas se encontraban enfocadas en distintos fines del derecho procesal. A continuación se presentan dichos casos tabulados, con sus respectivas opciones y resultados. A través de ellos se hizo un ejercicio analítico para llegar a las conclusiones:

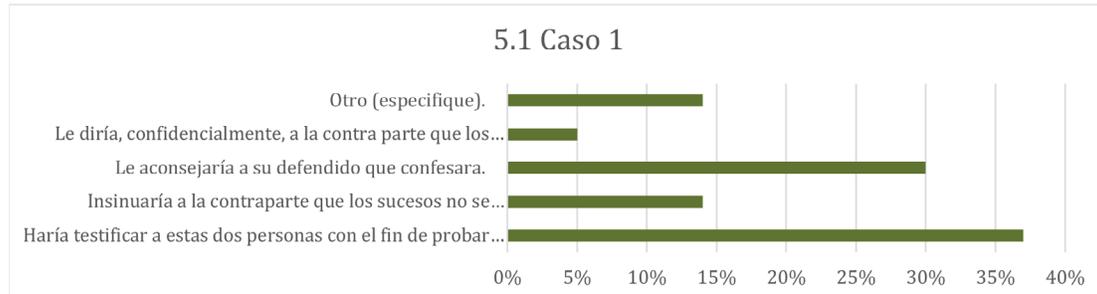
5.1 Caso Número 1:

«Usted es un abogado penalista. Está defendiendo a un cliente que ha sido acusado de robar dinero y pertenencias a una persona que estaba retirando en un cajero. Su cliente le confiesa la realización del hurto. En audiencia, la víctima del hurto dice que el suceso ocurrió a las 10:00 p.m., esta fue golpeada en el momento de los hechos y entre las pertenencias hurtadas se encontraba su reloj, razón por la cual su noción del tiempo no es muy acertada. Usted sabe que el hurto no ocurrió a las 10:00 p.m. sino a las 11:30 p.m. A las 10 p.m. su cliente estaba jugando cartas con un sacerdote, un rabino y el alcalde del pueblo, personas cuya calidad humana y altura moral no está en duda. ¿Qué decisión tomaría usted?»

OPCIONES DE RESPUESTA		PORCENTAJE ASOCIADO	RESPUESTAS
Haría testificar a estas dos personas con el fin de probar que su cliente no se encontraba en el lugar de los hechos a la hora señalada por la víctima, librándolo de responsabilidad.	A	37%	37
Insinuaría a la contraparte que los sucesos no se cometieron a las 10 pm, pues se cometieron horas luego, con el objetivo de hacer justicia.	B	14%	14
Le aconsejaría a su defendido que confesara.	C	30%	30
Le diría, confidencialmente, a la contra parte que los sucesos ocurrieron a otra hora.	D	5%	5
Otro (especifique).	E	14%	14
	TOTAL	100%	100

Tabla N°1. Respuestas del caso N°1.
Número de Respuestas: 100
Omitidas: 0

Gráfica N°1. Respuestas caso N°1.



Ahora bien, en los resultados de este caso prima la verdad procesal sobre la verdad material, pues este supuesto corresponde a la primera opción, es decir, a la más seleccionada (37 personas). No obstante, se observa que 30 personas eligieron aquella en la que se sobrepone la verdad material, lo que implica que no hay un margen muy amplio entre una y otra respuesta. También es posible mencionar que aquella respuesta seleccionada por 14 personas encuestadas, sobrepone la justicia ante el secreto profesional. Por último, 5 personas eligieron aquella en la que prepondera la verdad material sobre la lealtad procesal.

5.2. Caso Número 2:

«Juan está desempleado y tiene 4 hijos. El 24/09/2017 se dirigía en su bicicleta a compartir unas cervezas con sus amigos. Pablo, a quien usted representa como abogado, atropella a Juan. El lugar del accidente es una zona oscura, donde no hay cámaras que permitan esclarecer cómo sucedió el infortunio. Pablo le dice que iba a 50 kilómetros por hora, pero según las lesiones sufridas, usted concluye que iba a más de 130 kilómetros por hora. Juan contrata al amigo del barrio (abogado) para que estime los daños y perjuicios, el cual lo hace en 18 millones. Para ellos esto es una cantidad importante, dada su precaria situación económica. Lo cierto es que sus daños son mucho más altos, pues Juan quedará con deformidades permanentes. Tras su tiempo de recuperación, el afectado demanda por los 18 millones. Teniendo en cuenta que usted conoce que la valoración es errónea, usted decide»:

Número de respuestas: 87
Omitidas: 13
Resultados obtenidos:

Tabla N°2. Respuestas caso N°2.

OPCIONES DE RESPUESTA		PORCENTAJE ASOCIADO	RESPU ESTAS
Guardar silencio limitándose a lo que demostró el demandante en el proceso e indemnizar por lo solicitado.	A	45,98%	40
En la contestación de la demanda decide solicitar que se realice otra cuantificación del daño para que se indemnice por una suma más alta y así esta se ajuste realmente al daño sufrido por el demandante.	B	18,39%	16
En favor de los intereses de su cliente, emplearía medios probatorios para tratar de desvirtuar la responsabilidad de Pablo y así no tener que indemnizar.	C	13,79%	12
Insinuar al abogado de la contraparte, es decir al amigo de Juan, que su defendido tiene derecho a una indemnización mayor.	D	12,64%	11
Otro (especifique).	E	9,20%	8
		TOTAL 100%	87

Gráfica N°2. Respuestas caso N°2.



Como es posible observar, en este caso es muy notoria la preponderancia de la primera opción (40 personas). Esto implica que sobresale la verdad procesal. Sin embargo, no sobra aclarar que aquella que obtuvo 16 personas como resultado le da mayor valor a la verdad material. De forma similar, la opción que toma en consideración la lealtad y la verdad procesal obtuvo 12 respuestas y aquella que sobrepone la justicia a la lealtad con el cliente: 11.

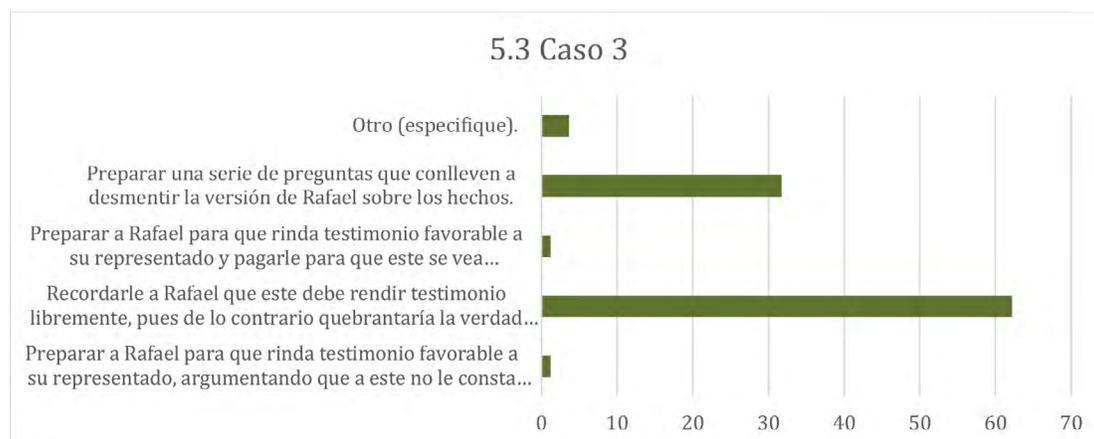
5.3. Caso Número 3:

«Usted es abogado de Juan. Este golpea a su cónyuge el día 07/04/2017 a las 12 de la noche frente al edificio en que reside. Rafael es el celador de tal edificio y presencia los hechos. En tal lugar no hay cámaras. La cónyuge inicia un proceso por maltrato. El juez del proceso respectivo, de oficio, cita a Rafael a testificar. Ante esta situación, ¿usted qué haría?»

Número de respuestas: 82
 Omitidas: 18
 Resultados obtenidos:
 Tabla N°3. Respuestas caso N°3.

OPCIONES DE RESPUESTA		PORCENTAJE ASOCIADO	RESPUESTAS
Preparar a Rafael para que rinda testimonio favorable a su representado, argumentando que a este no le consta que su jefe le pegó.	A	1,22%	1
Recordarle a Rafael que este debe rendir testimonio libremente, pues de lo contrario quebrantaría la verdad material buscada en el proceso.	B	62,20%	51
Preparar a Rafael para que rinda testimonio favorable a su representado y pagarle para que este se vea incentivado a cumplir su labor fidedignamente.	C	1,22%	1
Preparar una serie de preguntas que conlleven a desmentir la versión de Rafael sobre los hechos.	D	31,71%	26
Otro (especifique).	E	3,66%	3
TOTAL		100%	82

Gráfica N°3. Respuestas caso N°3.



Es importante aclarar que este caso presentaba una situación con algunas opciones evidentemente contrarias a cualquier fin del proceso, como lo es la preparación de un testigo. De este modo, es claro que la mayoría de los encuestados (51 personas) eligió la segunda opción; es decir, aquella que incluía verdad material, justicia, lealtad procesal y verdad procesal. También es notorio que un número significativo de los restantes (26 personas) eligieron la cuarta opción, en la que se sacrifica la verdad material en pro de la lealtad con el cliente y de la verdad procesal. Del mismo modo, 1 persona eligió aquella respuesta abiertamente contraria a los fines del proceso.

5.4. Caso Número 4:

«Usted es el abogado representante de una constructora y se encuentra actualmente llevando un caso en donde los copropietarios de uno de sus edificios residenciales, en el que viven 120 familias, demandaron ante la aparición de grietas en la estructura de la copropiedad. La constructora contrata un ingeniero civil para que realice una tasación de los daños. Este concluye que hay serios daños estructurales dentro del edificio que ponen en alto riesgo la vida de los residentes. El abogado demandante, que representa a los perjudicados, allega en la demanda pruebas que no cumplen con los requisitos exigidos en la ley procesal, motivo por el cual el juez no las puede tener en cuenta. Sin embargo, dada su experticia, usted conoce cómo incorporar pruebas que planteen una ventaja considerable a su contraparte. Conocimiento que le genera a usted un dilema moral pues, por un lado, está en juego la vida de 240 personas y, por el otro, su estabilidad laboral. Ante lo anterior, ¿usted qué haría?»

Número de respuestas: 72
Omitidas: 28
Resultados obtenidos:
Tabla N° 4. Respuestas caso N° 4.

OPCIONES DE RESPUESTA		PORCENTAJE ASOCIADO	RESPUESTAS
Ocultar la información con el fin de perder su empleo, en virtud del secreto profesional	A	6,94%	5
Revelar tal conocimiento, pues para usted prima la vida de esas personas por encima del secreto profesional	B	27,78%	20
Revelar tal conocimiento, clandestinamente, pues usted puede perder su empleo en virtud del secreto profesional	C	29,17%	21
No revelar nada y asumirlo como regla del litigio	D	25,00%	18
Otro (especifique)	E	11,11%	8
	TOTAL	100%	72

Gráfica N° 4. Respuestas caso N° 4.



En este caso, es importante anotar que no hubo una respuesta que fuera

claramente mayoritaria. Pues, 21 personas eligieron aquella respuesta en la que prepondera la verdad material sobre la lealtad procesal con el cliente y sobre la verdad procesal. Asimismo, 20 de las personas encuestadas eligieron una opción que sobrepone la verdad material y la justicia sobre una lealtad procesal con el cliente. Por último, 18 personas prefirieron una opción que exaltaba la verdad procesal y la lealtad procesal con el cliente sobre la verdad material y la justicia. Asimismo, fue importante conocer el nivel académico de las personas encuestadas, con el fin de determinar si existe alguna relación o incidencia con las respuestas dadas:

Número de respuestas: 72
Omitidas: 28
Resultados obtenidos:

Tabla N° 5. Número de respuesta según el semestre académico cursado.

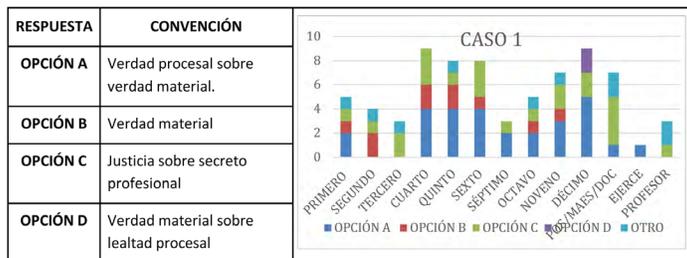
OPCIONES DE RESPUESTA	%	RESPUESTAS
Semestre 1	6,94 %	5
Semestre 2	5,56 %	4
Semestre 3	4,17 %	3
Semestre 4	12,50 %	9
Semestre 5	11,11 %	8
Semestre 6	11,11 %	8
Semestre 7	4,17 %	3
Semestre 8	6,94 %	5
Semestre 9	9,72 %	7
Semestre 10	12,50 %	9
Posgrado/Maestría/Doctorado	9,72 %	7
Ejerce la profesión de abogado o está habilitado para dichos fines legales	1,39%	1
Profesor	4,17 %	3
TOTAL		72

Ahora bien, a continuación se presenta en gráficas la misma información descrita anteriormente y en igual orden, pero discriminada por caso y respuestas del mismo por semestre. Lo anterior, con el objetivo de evidenciar el cambio que se

da en la valoración de la preponderancia de los fines a lo largo de la carrera jurídica (estudiantes de pregrado, posgrado, maestría, doctorado, abogados que ejercen y profesores). También, para dar mayor claridad a las conclusiones producto del análisis de los datos encontrados que se presentarán posteriormente.

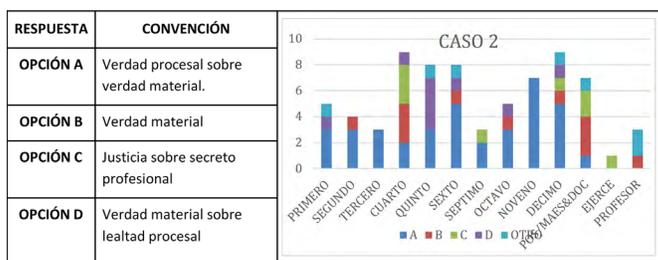
Caso número 1:

Tabla N° 6. Resultados de respuesta para el caso N°1, discriminada por semestres.



Caso número 2:

Tabla N° 7. Resultados de respuesta para el caso N°2, discriminada por semestres.



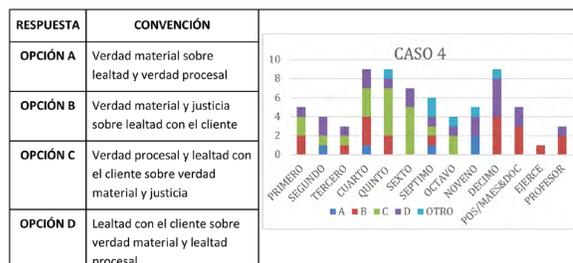
Caso número 3:

Tabla N° 8. Resultados de respuesta para el caso N°3, discriminada por semestres.



Caso número 4:

Tabla N° 9. Resultados de respuesta para el caso N°4, discriminada por semestres.



6. Conclusiones

A continuación se expondrán algunas afirmaciones, a modo de conclusiones, obtenidas mediante la relación entre el marco teórico presentado anteriormente y los resultados obtenidos en las encuestas desarrolladas con los estudiantes, profesores y abogados que ejercen derecho en la Universidad de los Andes.

En primer lugar, como se puede observar en los hallazgos, para la comunidad de la Universidad de los Andes que se dedica o se está preparando para la vida jurídica, la verdad procesal es preponderante sobre cualquier otro fin. Lo anterior se hace visible cuando las respuestas más recurrentes en los casos son las asociadas a la convención que hace referencia a dicha clase de verdad. Verbigracia, en el Caso número 1 la respuesta más recurrente fue la A, que se relaciona en mayor medida con la verdad procesal. Lo mismo sucedió con las respuestas del Caso número 2, debido a que la más elegida fue la A, que se justifica en la predilección de la verdad procesal. Igualmente, en los Casos número 3 y 4 la opción por la que mayormente optaban los participantes era la B, coincidiendo en que este tipo de verdad debía ser el eje principal. De esta manera, se evidencia que para la comunidad uniandina, la verdad procesal es trascendental en el ejercicio de la profesión y prevalece sobre otros fines de igual jerarquía e importancia, como lo son la verdad material o la justicia, entre otros. Así pues, es momento de replantearse cómo se debería entender la ponderación de la realización de las finalidades del Derecho Procesal, debido a que el ejercicio de la profesión jurídica posee funciones sociales determinantes para la paz social y para el orden justo, que por la vía de la realización única de la verdad procesal no se cumplirían.

En segundo lugar, los fines del proceso que se presentaron durante el marco teórico, tales como verdad procesal, verdad material, justicia, lealtad procesal, entre otros, resultan de contenido muy abstracto y amplio a la hora de encuadrar las respuestas presentadas en los hallazgos. Lo anterior se debe a que es muy difícil determinar si las acciones ejecutadas por los abogados se encuadran o no en las finalidades del Derecho Procesal, puesto que no genera mucha certeza que respuestas como la del numeral A del Caso #4: «ocultar información con el fin de no perder su empleo, en virtud del secreto profesional», si bien representan un riesgo muy grande para la sociedad, sean contrarias a los fines del proceso, debido a que podrían encajar vagamente en finalidades como lealtad procesal con el cliente.

En tercer lugar, teniendo en cuenta la posición que expresa David Luban (2007), muchas veces el margen permitido por la ley es discordante con lo impuesto por las concepciones morales o políticas de los abogados como seres individuales. Así pues, lo dicho anteriormente se hace más claro cuando se evidencia que —en algunas respuestas— si bien los abogados, estudiantes y profesores reconocían la importancia de la verdad material, optaban por caminos legales que les permitieran el mejor beneficio para su cliente, dejando al azar la llegada a dicha verdad. De esta manera, se logra identificar que, aunque no propender por la verdad material es contrario a las consideraciones morales y políticas generales, el margen legal parece dejarlo al libre albedrío del abogado, pues permite que este, una vez identifique que se omitió o podría omitirse un elemento determinante para la decisión del proceso, sin ninguna repercusión por su actuar, pueda ceder el poder a otro litigante o simplemente no ejecute ningún acto encaminado a informar al juez.

En cuarto lugar, es importante expresar que en las respuestas se evidencia que algunos de los participantes se quedan en el mundo de las ideas; pues si bien identifican que existe un dilema y deciden actuar de forma concordante con las consideraciones morales y políticas preponderantes, no expresan cómo lo harían. De esta manera, es válido manifestar que es importante no optar por las acciones abiertamente contrarias a la ética profesional, pero es igualmente imperioso determinar cómo se resolvería el dilema, pues los libros y la teoría son el deber ser pero —en ocasiones— no logran su cometido y, por ende, no llegan a expresarse en el ser.

En quinto lugar, es imperioso resaltar que si se observa detenidamente es posible percatarse de que el primer Caso fue respondido por 100 personas, cifra que no concuerda con el número que contestó el Caso número 4 (72 personas). Asimismo, en las respuestas abiertas identificadas en las tablas como “otras”, se evidenció que algunos abogados, estudiantes y profesores optaron por ceder el poder concedido por el cliente y así no tener que estar en el dilema que se plantea. Estas circunstancias permiten afirmar que el tema de la ética profesional se encuentra relegado en el pensamiento jurídico, lo que se traduce en que los abogados no saben cómo aproximarse a un caso que les genera discordancia entre sus concepciones morales y políticas con las actuaciones permitidas por la ley. Por ello se plantea la necesidad de que este tema sea preponderante en los análisis actuales del Derecho y que los casos que se presenten en dicho debate se ubiquen en zonas grises. Pues, como se presenta en el Caso número 3, cuando las situaciones son abiertamente contrarias a las buenas costumbres,

es aparentemente claro cómo decidir. Por último, es importante mencionar que el presente escrito fue desarrollado por estudiantes que pretenden ser abogados que se encaminan a fines reales del proceso con contenido. Por lo tanto, exhortamos a todos los miembros de la comunidad jurídica a debatir, pues si no se crean espacios en los que se intente determinar cuáles son las acciones permitidas y no permitidas a los abogados social y legalmente, vamos a continuar con la percepción de que todo está legitimado dentro de los fines del Derecho Procesal.

TRABAJOS CITADOS

- Carnelutti, F. (1997) *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis S.A. Citado en: Ruan, J. (2005) *La ética del abogado y los deberes que rigen su conducta en el proceso civil venezolano. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre su contenido y alcance*. Recuperado de: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ5112.pdf>
- Chaves López, J. L. (2013). *El sentido ético y las facultades de derecho*. En *Rev. Humanismo y Sociedad*, Volumen 1. pp. 144-152.
- Cordero, I. (Septiembre-Diciembre de 2011) *La Finalidad del Proceso*. En *Rev. Diálogos De Derecho Y Política*. No. 8. Vol. 2. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/11538/10610>
- Couture, E. (1958) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma. Recuperado de: <http://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>
- García Villegas, M. (01 de julio de 2016). *Los Abogados*. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/opinion/los-abogados-columna-640991>
- Goldschmidt, J. (1931). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ed. Labor.
- Luban, D. (2007) *Legal Ethics and Human Dignity*. New York: Georgetown University Press.
- Picó, J. (2006). *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. Valencia: Universidad Daniel Urdaneta.
- Rincón, M. (2016) *De la responsabilidad profesional de abogados en el marco del código ético*. Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13776/4/De%20la%20Responsabilidad%20Profesional%20de%20Abogados%20en%20el%20Marco%20del%20C%C3%B3digo%20%C3%89tico%2028.pdf>
- Ruan, J. (2005). *La ética del Abogado y los deberes que rigen su conducta en el proceso civil venezolano. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre su contenido y alcance*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado de: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ5112.pdf>

SENTENCIAS

- Corte Constitucional de Colombia. (17 de febrero del 1994). Sentencia C-060 de 1994 [MP Carlos Gaviria Díaz].*
- Corte Constitucional de Colombia. (8 de Mayo del 1996). Sentencia C-190 de 1996 [MP Hernando Herrera Vergara].*
- Corte Constitucional. (8 de Marzo del 2002). Sentencia C 948 de 2002. [MP Álvaro Tafur Galvis].*
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de Marzo del 2017) Sentencia C-212 de 2007 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]*
- Corte Constitucional. (7 de marzo del 2007). Sentencia C-884 de 2007. [MP Catalina Botero].*
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-179. [MP Luis Guillermo Guerrero].*
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia SU-768. [MP Jorge Iván Palacio].*

NORMAS

- Presidente de la República. (01 de marzo de 1971). Decreto 196 de 1971. DO: 33255*
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116*
- Congreso de la República. (julio 24 del 2000). Código Penal. [Código], Ley 599, DO: 44.097*
- Congreso de la República de Colombia. (22 de enero de 2007). Código Disciplinario del Abogado. [Ley 1123 de 2007]. DO: [46.519]. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html*

FUNCIÓN ETICO-SOCIAL DEL ABOGADO COLOMBIANO¹

Jeisson Leonardo Londoño Quiróz²

RECIBIDO: 23 de febrero de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

El presente texto tiene como fin el planteamiento de la función que ejerce el abogado dentro de la sociedad colombiana. Esto enmarcado en un aspecto ético y social, con base en los planteamientos normativos que regulan el actuar de los colombianos según lo estipula la Constitución Política (1991) y, concretamente, los textos normativos que rigen el actuar de los abogados dentro del territorio; entre los que resulta relevante mencionar el decreto 196 de 1971, denominado el Estatuto del ejercicio de la Abogacía y la ley 1123 de 2007: Código Disciplinario del Abogado. En concordancia con lo anterior se realiza una reflexión crítica sobre la concepción del abogado en la sociedad colombiana y sobre la forma en la que se lo concibe como un ente solucionador de conflictos y conservador del orden justo.

PALABRAS CLAVE: Abogado, ética, función, ley, sociedad.

Abstract

1 Este texto se deriva del proyecto de investigación: «Resignificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos», desarrollado por el semillero de investigación: Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos —MASC— y dirigido por la docente investigadora PhD. Adriana Patricia Arboleda López. Este semillero de investigación está adscrito al grupo de investigación en Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho de la Corporación Universitaria Americana.

2 Estudiante Investigador. Corporación Universitaria Americana (Medellín).
jeissonleonardolondonoquiros@gmail.com-jei.londo@gmail.com

This text aims to approach the role of the lawyer within Colombian society. This framed in an ethical and social aspect based on the regulatory approaches that regulate the straight acting of Colombians, as stipulated in the Constitution of 1991, and in particular regulatory texts governing lawyers, acting within the Colombian territory, where it is relevant to mention the Decree 196 of 1971, referred to as the Statute of the exercise of the legal profession and the law 1123 of 2007, lawyer's disciplinary code. In accordance to above, this paper is a critical reflection of the conception of the lawyer in Colombian society, and how is he conceived as a problem solver and as a conservative in the right order.

KEY WORDS: Lawyer, ethics, lawyer, function law, society.

1. Introducción

Este texto nace de una discusión desarrollada dentro del semillero de investigación: Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos —MASC—, el cual es dirigido por la docente: PhD. Adriana Patricia Arboleda López. Dentro de este semillero se establece que la enseñanza y el ejercicio mismo del Derecho deben ser transformados; esto con la intención de cultivar profesionales con gran sentido humano, conscientes de que —en el medio legal— no solo se debe hablar de partes del proceso como sujetos legales, sino como seres humanos que se mueven por sentimientos y emociones.

Es de este modo que surge la pregunta: ¿Cuál es el papel o la función que ejerce un profesional del Derecho en el territorio colombiano?, la cual busca ser resuelta a lo largo de este texto mediante la utilización de la ley, la jurisprudencia y la doctrina como guías para dar una resolución clara a la pregunta planteada. Para este fin, el texto estará compuesto por 4 partes: en la primera se hablará acerca del debido comportamiento que se exige de los ciudadanos colombianos, según lo estipulado por la Constitución Política de 1991, pues se ve la necesidad de sentar base en la primera calidad que ostenta el abogado colombiano, esto es, la calidad de ciudadano; en la segunda parte se hablará sobre la normatividad colombiana que regula la conducta de los abogados, esto es, sobre la codificación deontológica del ejercicio del Derecho mediante el Decreto 196 de 1971: Estatuto del Ejercicio de la Abogacía y mediante la ley 1123 de 2007: Código Disciplinario del Abogado; en la tercera se enumerarán los principios básicos del abogado, principios elementales para el correcto ejercicio del Derecho en pro de la causa encomendada y en pro de la sociedad, esto de la mano del maestro Campillo

(1996) y, por último, la cuarta parte intentará dar solución a la incógnita: ¿Cuál es el papel o la función que ejerce un profesional de Derecho en el territorio colombiano?, esto se hará con la ayuda de autores como Cortina (2000), Vallejo (1986), entre otros.

2. Metodología

La metodología utilizada en esta investigación es la propia de la investigación cualitativa, la cual, utilizando como referente teórico a Eumelia Galeano: «más que un conjunto de técnicas para recoger datos: es un modo de encarar el mundo de la interioridad de los sujetos sociales y de las relaciones que establecen con los contextos y con otros actores sociales» (2004, p.16). En concordancia, se puede establecer que se está frente a una investigación de carácter social, netamente documental, en la que se busca la resignificación misma de la figura del abogado dentro de un contexto ético que defina la manera apropiada de ejercer esta profesión en pro de la sociedad colombiana. En esta investigación se contó con la dirección de la Docente Investigadora: PhD. Adriana Patricia Arboleda López, quien actúa como directora del semillero de investigación: “Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos” y, además, con la participación de los Estudiantes Investigadores: Sara Luna Henao; Lina María Ríos Martínez; Lady Johana Pescador Montoya y Jeisson Leonardo Londoño Quiroz.

3. Actuar Recto: Colombianos Reglamentados por la Constitución

Es claro que más que abogados, los profesionales del Derecho del territorio colombiano son ciudadanos que están claramente regidos por las normas de carácter general para este grupo de individuos; es por esto por lo que esta primera parte del texto está enmarcada en la calidad de ciudadano y en al actuar que la Constitución Política de Colombia de 1991 establece para el mismo. También debe aclararse que se hablará de calidad de ciudadano del abogado, indiferentemente de si este último ostenta entre sus calidades la de ser servidor público, pues esta última calidad debe traer consigo un comportamiento más estricto y más regulado por la normatividad colombiana, por lo que no se entrará —como se ha dicho— a analizarla propiamente.

Teniendo claro lo anterior, la primera mención que hace la Constitución (1991) con respecto a la forma en la que se deben regular las acciones de los ciudadanos

se encuentra en el artículo 6: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones» (Constitución Política de Colombia, 1991). Así, aunque no hace referencia textual a cómo deben actuar los ciudadanos colombianos, explicita que aquel ciudadano, denominado “particular”³, deberá adecuar su comportamiento a lo que la ley establezca, de lo contrario se hará responsable de ello; por consiguiente se podría decir que el buen comportamiento de los ciudadanos colombianos es aquel que no esté en contravía de los parámetros establecidos por la ley.

4. Normas que Rigen el Actuar de los Abogados

Teniendo en cuenta que el abogado colombiano se rige primeramente por la Constitución Política de Colombia, se debe aclarar que también cuenta con una regulación mediante dos códigos o normativas que expresan el carácter deontológico de la profesión. En primera instancia, el abogado debe regirse por el Decreto 196 de 1971, denominado Estatuto del Ejercicio de la Abogacía y, en segunda instancia —con un carácter más riguroso— debe regirse por la ley 1123 de 2017, que ha sido llamada: Código Disciplinario del Abogado. En cuando a esta estipulación deontológica, Jover Olmeda expresa:

Los códigos deontológicos de las diferentes profesiones recogen normas relativas a este ámbito, en el que pueden, a su vez, distinguirse dos grandes grupos de deberes muy relacionados: a) los que colaboran al fomento de la confianza pública en la profesión, y b) los relativos a la elevación de los niveles profesionales (2013, p.78)

En este sentido, el Decreto 196 de 1971 y la Ley 1123 de 2007 buscan generar una estabilidad en el ejercicio de la profesión del Derecho y, asimismo, una cierta confianza en la ciudadanía en general.

4.1. Decreto 196 de 1971: Estatuto del Ejercicio de la Abogacía

³ El ciudadano particular es aquel que no tiene la calidad de servidor público, calidad que se le da a ciertos ciudadanos que son empleados públicos, y que ejercen funciones administrativas, de control, entre otras para el estado, funciones que no son propiamente de apoyo (como mantenimiento, aseo, construcción, etc.), pues estos otros empleados públicos reciben el título de trabajador oficial.

El Decreto 196 de 1971 determina, entre otras cosas, quienes puede hacer ejercicio de la profesión del Derecho; asimismo, establece cuál es la función y la misión del que ejerce como abogado en un proceso judicial y los requisitos para el registro de los abogados. Sin embargo, este decreto —sancionado el 12 de Febrero de 1971— que quedó registrado en el Diario Oficial del 1 de marzo de ese mismo año, no especifica la forma en la que debe actuar el abogado colombiano, sino que lo menciona de manera implícita. De este modo, se determina que el profesional en derecho tiene como misión «defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares» (Decreto 196 de 1971, Art. 2); esta defensa implica el desarrollo académico, ético y moral del profesional en Derecho en pro de la causa que se le haya encomendado; pero sin perjudicar aquellos derechos sociales y, claro está, personales de los demás intervinientes de la *Litis*, respetando la Constitución y la ley.

4.2. Ley 1123 de 2007: Código Disciplinario del Abogado

Desde el 22 de mayo de 2007, la ley 1123 de 2007 entró a regular el comportamiento profesional del abogado. Esta norma plantea el “deber ser” de los profesionales en Derecho y formaliza la forma en la que debería ser juzgado un abogado tras cometer una falta disciplinaria. Además, establece —como se ha manifestado en líneas anteriores— la forma en la que se debe comportar el abogado frente a los intervinientes de un proceso judicial, inicialmente con el cliente, con la contra parte, con los administradores de justicia pero, fundamentalmente, con la sociedad.

Sin embargo, de la misma forma que el decreto 196 de 1971, la ley 1123 de 2007 no es explícita con respecto a cómo debe actuar correctamente un abogado, pero se puede inferir que quien no cometa alguna de las faltas consagradas en el Título II, de la segunda parte de este código, estaría actuando de acuerdo con los lineamientos éticos trazados para el ejercicio idóneo del Derecho.

5. La Ética del Abogado: Fundamento Axiológico del Ejercicio del Derecho

La ética es quizá la base de toda profesión, pues en ella se establece el comportamiento adecuado del profesional, lo que genera no sólo el crecimiento de la profesión en general, sino el crecimiento de la aceptación de esta en el

espectro social. De este modo, Rossi, al referirse a la ética profesional, dice: «se entiende por Ética Profesional el conjunto de ciertas disposiciones jurídicas que rigen el ejercicio legal de la profesión, las condiciones legales, justas y legítimas en que el abogado debe desempeñarse en su actuación de tal» (1982-1983, p.23).

En esa misma línea conceptual, Torres Díaz, citado por Santana Ramos, determina que

la ética aplicada al mundo profesional, concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales, aprobados por el colectivo de profesionales, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador (2018, p.5).

De esto se evidencia que estas codificaciones éticas deben tener expresamente una serie de sanciones para aquellos profesionales que falten a las mismas, ejemplo de esto es la ley 1123 del 2007, o Código Disciplinario del Abogado, en el que se determinan sanciones de acuerdo con la falta ética que haya cometido el profesional. Tras tener conocimiento con respecto a la ética profesional, se hace necesario que esta se consolide dentro del mundo jurídico. En este sentido, el Doctor Monroy Cabra determina que «La ética jurídica es parte de la ética profesional. La ética se funda en la moralidad, que es la regulación de actos humanos libres según criterios, normas o leyes» (1987, p.17). Del Doctor Monroy Cabra se debe rescatar la concepción de “regulación de actos humanos libres”, puesto que aunque estos son mandatos expresos, está en la voluntad del profesional — más allá de la sanción o no — cometer el acto; la moralidad de cada sujeto se funda en la ética de su propia construcción individual.

Sobre la enseñanza de la ética profesional, Lazo González invita a pensar cuando propone que «llama la atención que la ética profesional esté dissociada del problema de la formación, puesto que bien podría entenderse que con más o menos abogados, una deficiente formación ética igualmente pone en riesgo la puesta en práctica de ésta» (2011, p.250). Es de pensamientos como el de Lazo González de los que se infiere que la enseñanza del Derecho debe evolucionar, debe modificarse, para formar profesionales más éticos, más conscientes de la calidad en la que actúan dentro de la sociedad; profesionales conscientes de que más que sujetos procesales — dentro de un proceso judicial — hay personas, personas con sentimientos y emociones, y que es bajo esta premisa que se debe actuar.

Es así que debemos ser más críticos a la hora de aplicar la ética profesional, pues como lo dice Mino E. Salas (2007): «La mayoría de códigos éticos, de cursos de deontología y de manuales para el jurista ideal son, en realidad, racionalizaciones colectivas. Ellas sirven (y en no pocas ocasiones) para engañarse a sí mismo o para engañar a los demás» (p.598); de este modo, algunos profesionales toman la ética como un “relleno” dentro del marco de su formación, sin darse cuenta de que realmente, es esa la base fundamental de su profesión.

6. Principios del Ejercicio del Derecho

Se puede determinar que, a través de todas las codificaciones existentes en el mundo jurídico colombiano, se puede determinar una serie de principios que estipulan un correcto comportamiento de los abogados y, de este modo, se haría una lista larga de valores profesionales; sin embargo, en esta ocasión se quieren resaltar los 14 principios básicos del ejercicio recto del Derecho, los mismos que son dados por Campillo Sáinz (1996):

1. El abogado es un servidor de la justicia a través del derecho. El profesional en Derecho debe buscar siempre la prevalencia de lo justo, con la virtud inequívoca de realizar las cosas de manera recta. Es de este modo que el profesional en Derecho usará el derecho como un arma en beneficio de la causa de su cliente y de la sociedad en general.
2. Probidad. Se debe actuar bajo la premisa de ser honrado, justo y de una recta conducta.
3. No emplear conocimientos sino al servicio de las causas justas. Bajo el principio de la autonomía de la voluntad, el abogado debe prescindir de aquellos negocios jurídicos donde se violenten los lineamientos legales, aquellos, en los que se busca usar el derecho como un beneficio bajo artimañas engañosas y desleales.
4. Lealtad. Esta lealtad es principalmente a sí mismo, a sus convicciones, posteriormente es lealtad con su cliente, de nunca defraudarlo, con el juez y con los servidores judiciales y administrativos, por último se debe ser leal a la ley y a la sociedad.
5. Desinterés. Es verdad que el abogado recibe una contraprestación por sus servicios, pero el ejercicio no debe ser realizado con un fin de lucro, sino por un amor al derecho mismo.
6. La veracidad. El profesional del derecho debe buscar la verdad, actuando

con veracidad.

7. Hacer expedita la administración de justicia. El abogado tiene como deber, procurar la celeridad de las actuaciones, sin buscar proceder con recursos dilatorios, que lo que buscan es entorpecer el aparato judicial.
8. El abogado debe ser firme. Uno de los principales valores que debe poseer un abogado debe ser la fortaleza, sin desistir de los negocios jurídicos que realice, sólo por obstáculos o abusos de poder que encuentre en el ejercicio de su profesión.
9. El abogado debe ser estudioso. El derecho se convierte en el arma del abogado, por ende debe estar muy bien preparado, debe estar actualizando sus conocimientos constantemente, replanteando sus percepciones.
10. Diligencia y tenacidad. El profesional debe ser diligente en la defensa de los asuntos que le confieren, siendo insistente hasta la finalización de los mismos.
11. Secreto profesional. Por mandato legal, la información suministrada por el cliente y que este no quiera ventilar, debe ser guardada bajo el secreto profesional, por este mismo motivo, el abogado no deberá testificar en relación con dichos asuntos, esta negación es amparada por ley.
12. Honor y dignidad profesional. Ante todo, el abogado debe guardar el decoro de la profesión, llevarla con dignidad y sentirse orgulloso de la persona profesional que es. El abogado debe estar conciente además de la responsabilidad que implica el desarrollo de su función.
13. El abogado debe tener un profundo sentido humano. El abogado debe entender que, ante todo, está tratando con seres humanos, personas con emociones, y bajo esta premisa debe actuar. Se debe tratar de conocer y comprender.
14. Trato con autoridades y colegas. Respeto, lealtad, y decoro en las relaciones con funcionarios, la contraparte y con otros abogados, debe ser el lema de los abogados, ante todo debe primar el trato digno en todo momento.

Actualmente, la profesión del Derecho ha sido duramente criticada por la sociedad y, como lo estipula Cuitláhuac Salina, «Ese desprestigio de la abogacía, se debe a que el propio profesional del derecho ha colaborado con deterioro, olvidando los valores esenciales de la profesión» (2015, p.83). Es momento de empoderar y de reeducar a los abogados, de hacer que sean conscientes de que somos una profesión humana, regida por una serie de valores y principios que se deben acatar.

7. ¿Cuál es la Función que Ejerce el Abogado en la Sociedad?

Llegados a esta etapa del texto, se puede resolver la incógnita: ¿Cuál es la función que ejerce el abogado en la sociedad? Según Grande Yáñez: «La función esencial de los profesionales del Derecho es la aplicación del Derecho a la convivencia humana conflictiva» (2006, p.9); de este modo, se puede determinar —en primer medida— que el abogado es un ente pacificador, un profesional que está a servicio de la sociedad, para ayudarlo a resolver sus problemas bajo unos parámetros jurídicos previamente establecidos.

De igual modo, para Adela Cortina (2000): «la profesión va más allá de una ocupación que permite obtener ingresos y estatus social, puesto que en realidad es una práctica social que adquiere su verdadero sentido y significado en el bien o servicio que proporciona a la sociedad» (citada por Ibarra Rosales, 2007, p.44). Este concepto de Cortina imprime un sentido social a la profesión, designando como eje fundamental del Derecho y del ejercicio profesional del mismo a la sociedad, pues estipula que —más allá de un estatus social y de un reconocimiento social— el abogado debe buscar la realización social, la realización de la justicia en pro de la sociedad en general.

Molina Contreras (2009) no se aparta de este concepto, pues afirma que:

Tradicionalmente el abogado es formado para contender, lo cual no es desatendido dentro del nuevo modelo de formación, pero debe acentuarse el desarrollo de competencias del egresado en Derecho, como líder social, consciente de las necesidades del colectivo, ante lo cual deberá ser un crítico de la realidad con sentido ético y moral (p.8).

En el pensamiento de Molina Contreras se evidencia que la función del abogado no puede ser otra que la de ser un líder social preocupado por el colectivo y por el desarrollo en conjunto de la sociedad, más allá de sus intereses personales y que sea primeramente consciente de la calidad que tenemos como seres humanos, de la que se desprenden una serie de emociones que rigen internamente el comportamiento de las personas. Como lo afirma González:

Las emociones —como el miedo, la alegría, la tristeza, la ira, el amor, el odio, la envidia, la vergüenza, la indignación, la compasión, la culpa, el orgullo, la admiración, los celos, la esperanza, el remordimiento, la sorpresa, la gratitud, el resentimiento, la

repugnancia, el arrepentimiento, el rencor, el desdén, la disolución, la ilusión, la desesperación, el entusiasmo, o el hastío— ocupan un puesto central en la vida del hombre, son un componente esencial de las motivaciones para actuar y simultáneamente influyen en su capacidad para controlar su comportamiento. Esta es una de las razones por las que deberían interesarnos a los juristas las emociones, en el grado de responsabilidad por las propias acciones y en el reproche que nos merece la conducta de los demás (2009, p.17).

Los abogados deben ser conscientes de la responsabilidad que recae sobre sus hombros, pues en ellos, está el punto más cercano entre el ciudadano y la justicia. Rumuroso, citando a Saturnino Agüero Aguirre, señala:

Hablar de justicia es hablar de derecho. Hablar de derecho en sentido objetivo es hablar de las leyes, porque el conjunto de éstas, entendidas en un sentido amplio, que no se restringe a las escritas, constituye lo que se conoce como orden jurídico (2014, p. 196).

Por lo que haciendo la relación, los abogados no sólo son los guardianes del Derecho, los letrados en las normas legales, sino también los encargados de proteger la justicia; claro está, esto se debe alcanzar a partir de un comportamiento integro, generando —como se ha dicho en líneas anteriores— un crecimiento en la confianza que la sociedad tiene en el Derecho, en la Justicia y en los propios profesionales de este campo.

Así mismo, como hay una función esencial que es procurar velar por la justicia social, también el abogado se hace responsable éticamente, aunque a veces el concepto de Justicia y muchos otros se vuelva ambiguo. Con respecto a esto, el Doctor Vallejo (1986) hace la siguiente reflexión:

Es cierto que la Razón y la Justicia no son fáciles de establecer y que se trata de conceptos abstractos que no siempre logran aplicarse coherentemente en los casos concretos. Pero no puede perderse de vista que el derecho tiene que ser razonable y justo si aspira a cumplir su papel en la vida colectiva, pues lo irracional y lo inequitativo constituyen su negación que es la arbitrariedad (p.109).

Siendo así, se puede establecer que —como lo han dicho los autores anteriormente citados— el abogado es un ente pacificador, un sujeto que debe

ayudar a que en la sociedad haya una sana convivencia y, de este modo, se convierte en líder social, en un referente de la ética social, lo que hace que adquiera un estatus dentro de la sociedad. Mauricio Rojas (2009) establece además que «El derecho socialmente se ve como una profesión de Formalismos, de gestión de relaciones públicas, de presentación de la persona profesional» (p.288). De este concepto de Rojas es importante decir que es lo que realmente existe en el imaginario colectivo, se evidencia en el ejercicio del Derecho cómo la aplicación de tecnicismos y procesos complicados, como una forma de dirimir conflictos y de regular conductas humanas.

Por último, para complementar los planteamientos de los autores mencionados, es necesario hacer relación con lo que se estipula en el Decreto 196 de 1971; es decir, con el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía: «La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia» (Artículo 1). Igualmente, este Decreto menciona que «La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares» (Artículo 2). Lo que indica que, más allá de sus intereses particulares, el abogado debe propender por el desarrollo de la justicia y por la defensa de los derechos de la sociedad en general.

De esto se infiere que el abogado se convierte en un estandarte de justicia y que debe comportarse ante la sociedad como tal, mostrando una serie de virtudes y valores que enaltezcan su comportamiento. Para culminar con este análisis, puede,

Válidamente decirse que el abogado —al igual que el político— debe ser ante todo un “filópolis” (al decir de Platón: amante de la polis o sociedad) y debe atender siempre a la realización del bien común, ya que de esta manera, justamente, estaría también alcanzando su bien particular (Padilla y Frias, 2014, p.97).

8. Conclusiones

Actualmente, una de las profesiones que más profesionales tiene Colombia es la del Derecho, la cantidad de abogados lleva a pensar en la importancia que estos tienen dentro de las comunidades en las que ejercen esta profesión. Es, de este modo, que se puede determinar que la función del abogado es la de ser un garante de la sociedad y, además, de la justicia.

Las reflexiones desarrolladas a lo largo de este texto permiten concluir que los principios y valores estipulados deben formar parte de la esencia del abogado y, así mismo, deben ser inculcados de manera apropiada en las academias, no ser tomados como un “relleno” en el pensum, esto para poder alcanzar la finalidad propia de la profesión. Para ello se requiere que los abogados sean conscientes del papel que juegan dentro del contexto social, en especial en la sociedad colombiana, la cual se encuentra en una etapa de Postconflicto en la que se requerirán abogados que lideren los procesos sociales y judiciales, con el fin de adquirir una justicia para todos y, del mismo modo, con el fin de solucionar pacíficamente los conflictos que se presenten.

De muchas maneras, diversos autores han insistido en la importancia de reflexionar y de fomentar la ética en el Derecho. En este escrito se evidencia la necesidad de la implementación de una transformación académica que centre el interés en el ser como ser y no únicamente como sujeto procesal. Esta transformación de la enseñanza y del ejercicio del Derecho es necesaria para conectar la profesión con la comunidad y para generar confianza en la sociedad, pues es a ella a quien va encaminada el ejercicio mismo del Derecho, el cual busca dar solución pacífica de los problemas. Es necesario que el abogado se convierta en un empoderado social consciente, como se ha reiterado, de las calidades humanas de los sujetos con los que debe interactuar.

Por último, el Derecho debe ser incuestionablemente ético, para que pueda gozar de la calidad de tal. En el comportamiento de los abogados se requiere una mayor consciencia ética y, muy en especial, sobre la dignidad humana para alcanzar una mejor solución de conflictos jurídicos, una participación activa en la protección de la dignidad humana y un mayor compromiso con los seres vivos. Estas acciones requieren de los abogados juicios prudentes que aporten a los conflictos sociales una adecuada respuesta jurídica.

TRABAJOS CITADOS

- Cortina, A. (2000) *Presentación, el sentido de las profesiones*, en Cortina, A. y Conill, J. *Palabras Clave en Ética de las Profesiones*, (13-28) Navarra, España: Verbo Divino.
- Campillo, J. (1996). *Introducción a la ética profesional del abogado*. México: Editorial Porrúa.
Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/96136188/JOSE-CAMPILLO-SAINZ>
- González, D. (2009). *Emociones responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.

-
- Grande, M. (2006). *Ética de las profesiones jurídicas*. 2 ed. España: Desclee.
- Ibarra, G. (2007). *Ética y valores profesionales*. *RE-encuentro. Análisis de Problemas Universitarios*, (49), 43-50.
- Lazo, P. (2011) *Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: Premisas*. *Revista Ius Et Praxis*, 17 (1) 249-262.
- Molina, D. L. (2009). *Repensar el perfil del abogado en un nuevo modelo de Estado Social de Derecho y Justicia*. *Remo*, 6 (16) 8-15.
- Monroy, M. G. (1987) *Ética del Abogado*. *Revista Dikaión*, 1, 17- 26.
- Olmeda, G. J. (2013). *Ámbitos de la deontología profesional docente*. Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/71695/1/Ambitos_de_la_deontologia_profesional_do.pdf
- Padilla, R. y Frías, A. (2014). *Sobre la función que tiene que cumplir el abogado y la misión que tiene asignada*. En *Revista LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ)*, No 10, enero-diciembre de 2014, pp. 91 y s.s., Lima, Perú.
- Rojas, M. (2009). *No el abogado, mejor el "doctor": La imagen social del profesional en Derecho*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11 (2), 281-298.
- Rossi, A. (1982-1983). *Ética profesional del abogado*. En *Idearium. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*. No 8 & 9. Recuperado de: <http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/view/749/732>
- Rumoroso, J. (2014). *La imparcialidad y el código Iberoamericano de ética Judicial*. *Logos: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle, A. C. N.º 22* (189-206).
- Salas, M (2007) *¿Es el derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30) 581-600.
- Salinas, C. (2015). *Ética del Abogado*. En *Saldaña Serrano, Javier (Coord.). Ética Jurídica. (Segundas Jornadas)*. México: Editorial Flórez. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3970/9.pdf>
- Santana, E. M. (2018) *El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional*. *Revista de la Facultad de Derecho*. (44): 1-28
- Vallejo, J. (1986). *La responsabilidad ética del abogado*. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. No. 73. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/6209/5697>

LEYES

- Asamblea Nacional Constituyente. (04 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Congreso de la República de Colombia. (22 de enero de 2007). *Ley 1123 de 2007. Código disciplinario del Abogado*. DO:46.519. Bogotá.
- Presidencia de la República. (12 de febrero de 2012). *Decreto 196 de 1971. Estatuto del ejercicio de la abogacía*. D.O: 33.255. Bogotá.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: INSTRUMENTO LEGITIMADOR Y LEGALIZADOR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CON SENTIDO SOCIAL¹

Samuel David Morales Sanabria

RECIBIDO: 10 de marzo de 2018

APROBADO: 26 de junio de 2018

Resumen

Multiplicidad de providencias que a diario son tomadas por los operadores jurisdiccionales —en Colombia y en el continente americano— no están siendo motivadas o argumentadas de forma debida, pues su razonamiento está siendo desarrollado de manera vacía y simplista. Este fenómeno está teniendo como consecuencia la falta de legitimación y credibilidad, ante los sujetos procesales intervinientes y ante la sociedad en general, de las decisiones tomadas por los jueces. En este sentido, la función jurisdiccional se encuentra en un trance jurídico y social, de allí que sea necesaria la aplicación de elementos como la argumentación jurídica y la ayuda de los abogados —desde una visión ética— para que se concrete un debido funcionamiento en los fallos de los funcionarios jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: argumentación jurídica; decisión jurisdiccional; legitimidad; responsabilidad social; ética.

¹ Investigación Presentada en el concurso estudiantil del *IV Seminario Internacional Sobre el Derecho Procesal y la Justicia: Oralidad y Argumentación*, el cual fue realizado entre el 5 y el 6 de octubre de 2017 en la ciudad de Medellín. Esta ponencia tuvo lugar en la cuarta mesa de debate: La Función Jurisdiccional y su Relación con la Responsabilidad Social, los Abogados y la Ética; allí se trabajaron temas como el de la Independencia Judicial y el de las Reformas a la Justicia. Este trabajo obtuvo el Segundo Lugar en dicho concurso. Se presenta un agradecimiento por su apoyo y directrices al director de la red semilleros de investigación en derecho público Jhon Edier Aguirre Aguirre. Universidad Libre (Cúcuta, Colombia).

Abstract

Many of the providences who are daily exposed by the jurisdictional operators in Colombia and in South American are not being motivated or argued in the proper way because their reasoning is simple and vague. This phenomenon entails a lack of legitimacy and credibility of the decisions made by the judges before the intervened procedural subjects and before the society in general. The jurisdictional function is found in a legal and social downfall, thus, it is found necessary the application of elements such as the legal argumentation and the help of lawyers with a better ethical view in order to have a smoother performance on the failures of legal officials.

KEY WORDS: legal argumentation; jurisdictional decision; jurisdictional function; legitimacy; ethics.

Introducción

A la justicia la representan ciega: no ve a nadie, solo considera el peso de los argumentos que inclinarán los platillos de la balanza. No debe tener en cuenta ninguna consideración, solo el dar a cada uno su derecho²

La argumentación jurídica debe desempeñar un papel de vital importancia como protectora de la legitimidad de la justicia de un estado y como una manifestación de una sociedad en general que permea la función jurisdiccional por medio de una ética que promueva la racionalidad de las decisiones.

De acuerdo con lo anterior, si se emplean la argumentación jurídica y sus elementos de legalidad para concretar una legitimación en las providencias de los jueces es probable que las decisiones produzcan mayor aceptabilidad, ya que estarían construídas a partir de una mayor coherencia y transparencia. La argumentación da la facultad de ejercer control, no solo ante los sujetos que presentan sus pretensiones en un proceso, sino frente a toda la comunidad. Por medio de la argumentación se puede ejercer un tipo de veeduría o de control frente a todas las actividades jurisdiccionales, cuyos funcionarios son los superiores jerárquicos de la sociedad y de la academia.

La argumentación jurídica se debe reconocer como ese mecanismo que lleva a dar luz y a esclarecer la “*ratio decidendi*” o razón de la decisión, evitando una posible

² GARCÍA RADA, Domingo Demetrio. (1967). Discurso al asumir la presidencia de la corte suprema de justicia en el año 1967, el cual ocupo hasta el año 1968 cuando el recién instaurado gobierno militar lo separó del poder judicial.

arbitrariedad judicial. En Colombia, y en diferentes países de Latinoamérica, se está produciendo una transición de los procesos escriturales a los procesos orales³ que será de gran ayuda para la aplicación correcta del derecho y de las demás fuentes que emanan de este, y para un debido control de la función jurisdiccional por los órganos estatales y de los ciudadanos. La argumentación jurídica debe ser un método de perfeccionamiento y de mejora de los proveídos de los jueces, magistrados y de los demás órganos constitucionales que tienen en su poder la función de administrar justicia en el estado colombiano, por lo que esta se convierte en un requisito para la debida garantía, protección y goce del cumulo de derechos de la sociedad en un sentido lato.

1. La Decisión Jurisdiccional y su Requisito de Argumentación Jurídica

Cuando se habla sobre el requisito de argumentación jurídica, es preciso — inicialmente— acotar que este es un elemento o presupuesto indispensable para la decisión o fallo. Según el diccionario de la real academia de la lengua española, un requisito es una «circunstancia o condición necesaria para algo» (Real Academia Española, 2017). Es por esto que —en cualquier tipo de proceso, sin importar la jurisdicción o competencia— existen presupuestos procesales y materiales concernientes a la decisión de fondo que toma el funcionario jurisdiccional o lo que Beatriz Quintero (2008) denominó: «condiciones para la constitución de la relación jurídico procesal, (...) requisitos a los que debe sujetarse su nacimiento» (p.399); Es decir, aquellos requisitos o presupuestos obligatorios para llevar a cabo el proceso de forma valida, sin ningún tipo de nulidad y para, finalmente, emitir la decisión como el acto jurisdiccional o como la voluntad forjada que busca la solución de los problemas jurídicos de fondo, lo que necesariamente supone la consunción de un proceso.

De esta forma, todas las decisiones jurisdiccionales que los operadores jurídicos emitan en el transcurso del proceso deben contar necesariamente con ciertos requisitos. En esta medida, el proceso se va desarrollando dentro de la discusión que generan los intervinientes y se apega a una debida garantía que genera un conjunto de principios, como lo son el derecho a la contradicción, a la defensa, a la bilateralidad de la audiencia, a la intermediación, a la publicidad y el derecho a

³ Un proceso oral es aquel que se desenvuelve en un lenguaje oral, hablado o verbal, más que en un lenguaje escrito. En este tipo de proceso se ven evidenciados principios como el de la intermediación, el de celeridad, el del debido proceso, el de la contradicción, etc.

la impugnación, entre otros (Devis, 2012). La herramienta fundamental por medio de la cual se alcanza una verdadera aplicación de estos principios es la de la motivación de las sentencias.

Es importante resaltar que se le da un tratamiento diferenciado a la motivación de las sentencias y a la argumentación de las decisiones jurisdiccionales. No obstante, estos dos puntos van en busca de un mismo fin; es decir, van en busca de una razonabilidad y de una legitimidad de las actuaciones procesales del juez (su teleología es fundamentarlas), de lo que se concluye que aunque no tengan el mismo significado, argumentación y motivación no son excluyentes entre ellas, sino complementarias.

En la época actual, es necesario que el derecho procesal se haga la siguiente pregunta: ¿Se deben argumentar las decisiones dentro del sistema constitucional colombiano? La respuesta a esta incógnita es afirmativa. En la constitución anterior (1886) se contemplaba la figura de los tribunales de conciencia, los cuales tenían la particularidad de que sus decisiones no eran motivadas, es decir que la argumentación jurídica no era tomada en cuenta, sino que su libre arbitrio era elemento suficiente para emitir las decisiones. Esta situación cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en la que la argumentación jurídica es un elemento necesario para la motivación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales; esto permite tanto un control de legalidad por parte de los jueces superiores y de los demás sujetos procesales, como por parte de la sociedad.

Entonces, la motivación debe encarnar las decisiones y estas deben ser definidas no solo a partir de razones fundamentadas en la persuasión, sino en argumentos válidos, claros y objetivos que alcancen los parámetros de racionalidad y de objetividad de la argumentación jurídica. Como lo dice Liliana Damaris Pabón (2017): «dar motivos de la decisión pero bajo criterios racionales, de tal forma que le permitan dar una respuesta o solución más convincente a la mayoría de personas de lo debatido y decidido, en tanto la racionalidad es el parámetro de la argumentación jurídica» (p.20). De igual forma, Feteris Eveline trae a colación a Habermas con la siguiente enunciación: «Solo se puede considerar que un enunciado es un enunciado verdadero racionalmente fundamentado si todos los interlocutores potenciales pueden llegar a un acuerdo sobre ese enunciado en una discusión que cumpla las condiciones de la situación del discurso ideal» (2007, p.107).

Portanto, podemos deducir que la argumentación jurídica consiste en fundamentar

los argumentos de manera clara, cierta, pertinente, precisa y coherente. Para tal fin, el juez puede utilizar las herramientas argumentativas que tiene a disposición, las cuales —en últimas— se convertirán en la piedra angular para la solución del problema jurídico. Argumentar implica poner de manifiesto las razones dadas junto a la decisión. Las razones en las que se fundamenta la sentencia son las que constituyen las razones internas a la correlación lógica de todos los argumentos; por su parte, a la decisión la constituyen las razones externas, las cuales son las encargadas de fundamentar las premisas utilizadas (como lo estructura Wroblewski, 1985). Cuando la decisión se emite de esta manera, se puede afirmar que los funcionarios jurisdiccionales aplicaron la argumentación jurídica.

La sentencia no debe plasmar el interés propio del juez al interior del proceso. La decisión judicial debe ir más allá de este escenario, y la manera más idónea para conseguirlo es a través de la argumentación. Para conseguir tal fin, el ejercicio argumentativo debe traer consigo determinados presupuestos y cualidades que permitan que se logre legitimidad y eficacia. La legitimidad va enmarcada en la argumentación jurídica, ya que esta es la condición necesaria que permite el control de las actuaciones bajo el imperio de la ley y la aceptación de esta por la sociedad en general.

2. La Decisión Jurisdiccional y su Legitimidad

2.1. Concepciones sobre el alcance de la legitimidad

La noción o la definición de legitimidad tradicionalmente se concibe con respecto a la legitimación del poder de un gobernante, de su régimen político o de aquellos que —por medio de diversas vías— obtienen cierta legitimidad. Sin embargo, cabe preguntarse si en el marco de un proceso cada una de las actuaciones que un operador jurídico desarrolla, por medio de sus providencias, debe tener legitimidad. En este sentido, es pertinente primero traer a colación lo que el concepto de legitimidad significa en su estado natural.

Doctrinantes como Jacqueline Jongitud Zamora (2005) hacen una gran diferenciación entre legalidad, legitimidad y legitimación. Para ellos, la legalidad se encuentra en el derecho que fue concebido de manera formal y válida; a la legitimación la conciben como un conector con la legalidad, pues es ese lugar

de reconocimiento, aceptación y adhesión de los receptores del ordenamiento jurídico y, por último, a la legitimidad la sitúan en el campo de un derecho tácito, válido y axiológicamente ineludible, que es materia de estudio de la filosofía jurídica.

Hobbes indica que la legitimidad, a manera de consentimiento, implica que el ser humano escape del estado de naturaleza (en el que prevalecía la ley del más fuerte y un estado de guerra continua en la que el hombre se encontraba para poder encontrar estabilidad y seguridad. Con esta intención, el hombre se somete a la voluntad de otro hombre y ese consentimiento, o ese acuerdo entre los hombres, es el que da la legitimidad al poder. De la misma forma, Jhon Locke plantea que la legitimidad del poder está constituida por ese acuerdo para someterse a un dominio de todos los que integran la sociedad. Además, Weber concibe la legitimidad a modo de justificación, la cual debe ser otorgada al poderío, potestad o mando para que este pueda estar legitimado.

De esto se puede extraer que la legitimidad ha sido encauzada desde la ideología de la sociedad, de acuerdo con el sistema en el que se ejerce el poder, el cual involucra estrictamente consenso, reconocimiento y aceptación. Dentro de esta concepción de legitimidad, Juan Antonio García Amado (2000) incorpora un elemento nuevo que establece que lo realmente legítimo se encuentra en la: «expresión de la voluntad libre de los ciudadanos, voluntad que se forma de acuerdo con unas reglas procedimentales que aseguran la ausencia de distorsión, manipulación o coacción» (p.06). Para alcanzar esto es necesario el método dialéctico, en el que la argumentación se desenvuelve en un sentido intersubjetivo (debaten diferentes posturas o razones de los sujetos); con respecto a esto, García Amado manifiesta que para que el acuerdo —o consenso— sea racional, es necesario que este

se alcance en el seno de una argumentación regida por el respeto de cierto procedimiento en el que determinadas reglas formales, que son reglas de la argumentación racional garantizan la igual libertad y los iguales derechos argumentativos de todos los interlocutores reales o potenciales (2000, p.7).

Por ende, la legitimidad se debe identificar con las razones que conllevan a obedecer una decisión; a que la sociedad decida aceptar —de manera real— la resolución que el juez determina para el caso. Jongitud Zamora (2005) expone: «la legitimación de un orden jurídico vendría dada por la adhesión y su respaldo de los destinatarios de las normas a los contenidos y procedimientos en ella inmersos» (p.09).

Es por esto que la legitimidad trae consigo la implicación de un acuerdo (consenso, dialogo, aprobación), en un sentido social de la jurisdicción, basado en la decisión; lo que además enmarca diagnósticos de validez, eficacia y justicia. Las decisiones serán válidas cuando sean emitidas por el órgano competente, tendrán eficacia cuando cumplan el objetivo para el que fueron determinadas y serán justas si esta decisión adoptada es racional. En este sentido, la legitimidad implica que la decisión del juez cuente con aceptabilidad universal y, a su vez, esto depende de que esa decisión se disponga por medio de la justificación.

2.2. La Decisión Jurisdiccional desde su Aceptación Universal

Con respecto a la temática de la decisión jurisdiccional se ha adelantado todo un debate procesal (una heterocomposición que busca dar solución a los conflictos que se presenten ante el órgano competente). Lo anterior conlleva a que al interior de ese mismo debate se determinen diversas decisiones jurisdiccionales para las que la argumentación tienen una gran incidencia. No son solo las etapas del proceso las que definen su rumbo, sino las decisiones que el juez o cualquier operador jurisdiccional adopta y que van encaminando la resolución final (considerada como el acto jurisdiccional por excelencia).

Gracias a las decisiones jurisdiccionales se da solución a numerosos aspectos que conducen a la respuesta del conflicto intersubjetivo de pretensiones que ha sido sometido a estudio por el operador jurídico; la decisión que no puede ser tomada por cualquiera, sino por aquel que se encuentre en potestad de ejercer esa función jurisdiccional. Quien se encuentre facultado por la soberanía del Estado para desplegar justicia y, al mismo tiempo, para resolver conflictos, es quien está en el compromiso de concluir el derecho.

No es suficiente con que la sentencia sea emitida por un juez competente (utilizando los métodos de la dialéctica y de la contención), sino que son necesarios algunos requisitos para que esa decisión pueda ser tomada como legítima desde un sentido social que se enmarque en la justicia y que sea congruente a derecho; es por ello que decimos que, cuando el sentido social de la decisión sea racional, esta debe traer consigo las razones o motivos que condujeron al operador jurisdiccional a ampararla, estas razones con fundamentos serán expresadas por medio de la argumentación jurídica, ya que es esta la que refleja la legitimidad verdadera de todo el constructo social y de los sujetos proceso.

En este orden de ideas, los actos jurisdiccionales que puede emitir por excelencia

el funcionario jurisdiccional deben contemplar:

- Legitimidad: deben estar cimentados en todo un material probatorio válido y sin ningún tipo de omisión vital en la adopción de la decisión.
- Debe ser motivada: es necesario que contenga una interpretación razonada del derecho moderno en conexión con las pretensiones remitidas en función de los relatos facticos que han sido probados en el proceso; no debe perderse la congruencia de lo debatido y de lo pretendido por los sujetos procesales.

Cuando habla de la legitimidad en la aceptación en la decisión jurisdiccional, Alvarado Velloso (2005) expone que cuando es legítima es porque: «la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso» (p.449), en la medida en que en el mundo del derecho y más concretamente al derecho procesal contemporáneo se deben proteger las decisiones racionales en pro de la legitimidad de las sentencias.

En tal sentido, solo se logra la legitimidad de la decisión cuando esta consta de un grado de aceptabilidad entre sus receptores, aceptabilidad que reposa en un acuerdo verdadero. Para ello, se debe establecer un parámetro de medición de confianza y credibilidad, tal como lo establece Eloy García (2000), citando a Ferrero, cuando afirma que «el pueblo necesitaba más fuerza para estar unido y que lo que podría mantenerlo unido era la legitimidad, pues esta dota de confianza, obediencia y aceptación, por parte de una sociedad ante su gobierno» (p.34). En este sentido, la aceptación debe ser evidenciada por la gran mayoría y es por ello que la legitimidad trae consigo una axiología de todo un Estado constitucional democrático, en el que se evitaría favorecer solo a un grupo determinado lo cual desenvocaría en desigualdad. La igualdad solo es concebible en un Estado democrático de derecho⁴.

3. La Decisión Jurisdiccional Legítima, Racional y Democrática por Medio de la Argumentación Jurídica

Primero que nada, es pertinente realizar una aproximación al concepto del Estado

⁴ El Estado Democrático de Derecho busca la igualdad de la sociedad sin importar las imposibilidades que se generen para alcanzar este objetivo, se deben proteger los derechos no solo de las mayorías, sino también de las minorías que no pertenecen a una ideología dominante, para que estas no sea excluidas, ni violentadas en su conjunto de derechos. En este tipo de estado, debe predominar una armonía en el territorio, una paz tanto jurídica, como política y social.

constitucional para llegar a la conexión que se pretende desarrollar con otras concepciones que son útiles y necesarias para lo que contemplamos hoy en el Estado contemporáneo.

No todo Estado en la configuración moderna constituye en sí mismo un estado constitucional, toda vez que se impone no solo la existencia de un ordenamiento jurídico fundamental, que sea la norma de normas, causa motor del Estado, sino que tal otorgamiento debe estar impregnado de valores humanistas en favor de los derechos y libertades fundamentales y de todo el conjunto de técnicas y procedimientos que hacen posible su existencia y disfrute ante la invasión, intromisión o actuaciones nugatorias (Ainaga, p.01).

De acuerdo con esta idea, un Estado constitucional tiene tres características generales, debe:

- Ser un Estado democrático.
- Ser un Estado liberal.
- Tener una soberanía constitucional.

Cada uno de estos elementos se considera constitucional y está cubierto por una legitimidad. Además, Josep Aguilo (2004) plantea que un Estado constitucional debe contar con «una constitución, una limitación del poder y una garantía de los derechos y que esa constitución, limitación y garantía sea practica» (p.43). Siguiendo esa línea argumentativa, es correcto decir que —para un estado constitucional— es fundamental que exista una constitución democrática con la que se delimite el poder y se le de garantía a las libertades y derechos de todo el conglomerado social, pues es esta norma superior la que puede determinar un orden jurídico que se cimiente en la constitución.

En este sentido, la decisión jurisdiccional es la base de toda derivación a un proceso garantista en el estado constitucional. Esta debe respetar todo el conjunto de derechos fundamentales con soporte en derecho, por lo que se convierte en un medio de garantía para los derechos de todos los ciudadanos pertenecientes a un estado. El proceso permite entonces, a los sujetos procesales en condición de igualdad debatir sus pretensiones ejerciendo el principio de contradicción y dejando de lado la arbitrariedad o el autoritarismo, que nunca podrán ser los ejes

fundamentales de un proceso.

Lo referenciado anteriormente, amuestra al proceso como un instrumento del operador jurisdiccional para emitir decisiones en aquel debate dialéctico, en el que la fuerza es totalmente erradicada y en el que se le da protección a la paz y a la convivencia social. El estado constitucional juega allí un papel importante, ya que es el que ayuda a que la herramienta de la tutela judicial efectiva — con control de los poderes — lleve a la función jurisdiccional con sentido social y aunada a la argumentación jurídica a alcanzar la legitimidad y el control de legalidad, los cuales se transforman en la convicción social.

Por ende, se puede decir que la teoría de la argumentación jurídica es un mecanismo racional y legítimo que tiene un papel de vital importancia en la formación de la decisión a través de una función jurisdiccional transparente, honesta y sin ningún tipo de artimañas; la cual se define como eje fundamental de los procesos dialécticos y de los actos jurisdiccionales. La argumentación es — dentro del mundo jurídico — el eslabón que coadyuva a que los operadores jurisdiccionales tengan en prospecto su discrecionalidad y las barreras de sus decisiones jurisdiccionales; esto evita que caigan en la arbitrariedad y que causen desconfianza en los órganos de poder por parte de la ciudadanía. Es decir, un sentido argumentativo, lógico y valorativo cubre todos los medios de prueba y todos los hechos predeterminados en el proceso para emitir — con fundamento — las motivaciones o las razones de la decisión, con lo que se recalca el debido proceso, pues no se evidenciarían nulidades en el sistema procesal.

Definida la argumentación como el medio de comunicación entre los intervinientes de un proceso, se puede definir que ese mismo proceso debe concluir en un consenso, adhesión, aceptabilidad y/o reconocimiento de la decisión proyectada por el funcionario jurisdiccional de cualquier nivel jerárquico. Michelle Taruffo expone que

Debido al imperativo de motivación que deben cumplir los jueces, es la ciudadanía en general la que en la actualidad puede controlar la actuación democrática de los órganos administradores de justicia; en consecuencia, la motivación ahora no solo cumple aquella doble vertiente de legalidad, por un lado, material de fondo y por otro, formal de motivación, sino que también se pretende que los operadores jurídicos tomen en cuenta, al momento de dictar sus decisiones, factores extra-procesales como el de la publicidad de su decisión y, en consecuencia, justifiquen sus decisiones para

las partes en conflicto, para los tribunales, y para un auditorio mayor que es susceptible de manifestarse a favor (o en contra) de su decisión; de ahí en la insistencia de la motivación, pero aún más, en las razones que justifican una decisión (citado en Vásquez Sánchez, Omar. 2009).

Es por ello que cuando se dan razones con respecto a una decisión, se logra que los sujetos procesales que se encuentran en el debate, así como la comunidad, conozcan el origen de esta, si lo que garantiza el principio de publicidad en el proceso —y fuera del proceso— sobre los fundamentos y la justificación de la decisión; esto, finalmente, genera una mayor aceptabilidad del fallo. Se puede concluir que la argumentación jurídica es el cauce en el que todos los jueces deben transitar para ilustrar la racionalidad de sus decisiones jurisdiccionales.

Existe una gran variedad de teorías sobre la argumentación jurídicas: la teoría de racionalidad comunicativa que ha sido desarrollada por Jurgen Habermas (2010), la cual determina las condiciones que deben satisfacerse en un debate para que se pueda contemplar un consenso razonable; la teoría postulada por Robert Alexy: la teoría de un discurso legal y de las reglas para la argumentación racional; la nueva retórica de Perelman (2007) que está fundamentada en los factores que ayudan a persuadir en un auditorio universal; los estudios de Aarnio, quien postula los requisitos que deben ejemplificar una hermenéutica jurídica para que se pueda considerar racional, allí tiene mucha importancia la solidez de los argumentos; las investigaciones de Maccormick quien debate la teoría de la justificación de las decisiones jurisdiccionales y, además, de las jerarquías a las que se debe recurrir a la hora de dar justificación a una sentencia y, por último, las teorías diseñadas por Peczenik, quien desarrolla la descripción de los diferentes niveles de la justificación de las decisiones jurídicas y la explicación de la racionalidad de los criterios que se ejecutan en esos diferentes niveles.

Cuando se aplica alguna de las teorías anteriormente señaladas, es cuando se considera jurisdiccionalmente legal, legítima, racional, objetiva, libre e independiente de cualquier arbitrariedad la decisión jurisdiccional. Ya que el funcionario jurisdiccional ha sido dotado de esa facultad para impartir justicia, debe hacerlo en la medida en que su decisión sea legítima. La verdadera función del juez en su actividad, además de la de ejercer el poder, es la de alcanzar la legitimidad en su decisión. Pues no se logra la legitimidad en un estado autoritario, «se legitima es por su saber» (Alvarez, 2003, p.165).

Así mismo, Álvarez (2003) habla de la diferencia de la legitimidad de un gobernante

y de la legitimidad de un funcionario jurídico:

de allí que los magistrados judiciales se mantengan en el cargo mientras no demuestren inidoneidad, porque precisamente su ciencia es su fuente de legitimidad. Es decir, la potestad y la autoridad, en los sentidos apuntados, responde a ámbitos distintos y a fuentes de legitimidad también diferentes. El gobernante no gobierna en virtud de su conocimiento o sabiduría sino porque se le reconoce un poder legitimado —en los sistemas democráticos— en la elección popular y en el consenso. En cambio, el juez (...) no es elegido popularmente, sino que es designado por su saber (p.165).

Por su parte, Rodrigo Uprimny (2001) manifiesta que «la población tiene también la oportunidad de entender mejor cuales son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, pues incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política» (p.10).

Es por eso que “argumentar” tiene como obligación tributar razones solidas que alejen y desvirtúen cualquier componente de arbitrariedad del operador jurídico. El juez debe sentir la presión que tiene sobre su espalda: la mirada de todos los que se encuentran en el auditorio y de los que se encuentran fuera de este (la sociedad), esto ayudará a que en el momento de proferir su decisión (Ghirardi, Fernández, Aduet & Ghirardi, 1993, p.42), lo haga bajo fundamentos de argumentación jurídica y legitimidad. Según Perelman (2007), el auditorio es aquel conjunto de personas a las que va a influenciar el orador gracias a la argumentación dada; no solo el que se encuentra como asistente dentro del auditorio otorgará validez, es el mismo orador el encargado de dotar de legitimidad la decisión cuando, por medio del consenso, logre esa aceptabilidad. La mención del concepto de democracia y de las mayorías, busca establecer la aplicación que las razones justificativas cumplen en la aceptación o consenso de la decisión universal.

[L]a democracia no puede ser tampoco pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto, en materias complejas y en organizaciones numerosas, es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso

imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión pero esto no significa que las mayorías que controlan el parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica el principio de la mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría, sino que es un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos (Uprimny, 2001, p.20).

La argumentación es una acción cognitiva, una acción razonable y deductiva; su teleología es la búsqueda de los fundamentos en las decisiones para poder llegar a las conclusiones formando aquiescencia en los que son afectados por la decisión. La argumentación ayuda a que las sentencias no sean fruto de un arbitrio o de un capricho del funcionario jurídico, ya que lo que ella busca es que la decisión se emita de forma justificada, lo que es uno de los presupuestos o requisitos de la legitimidad de la decisión. «[E]l juez debe motivar sus resoluciones y este deber es impuesto como garantía de los individuos para el ejercicio de los controles de legalidad y de legitimidad del acto administrativo» (Villamil, 2004, p.182).

En consecuencia, cuando el operador jurisdiccional motiva su fallo, no está marcando su criterio individual o personal sobre lo que debe ser justo, ni está expresando un marco normativo; por el contrario, está inyectando a la sentencia las razones que fueron fuente de su decisión. No olvidemos que una sentencia debe estar debidamente motivada; es decir, debe tener unos fundamentos justificados que hayan sido proporcionados por una argumentación jurídica axiomática que demuestre la razonabilidad de las elecciones que el juez, el magistrado o las altas cortes efectuaron (Uprimny, 1995, p.136).

Se puede resaltar que el proceso es deliberativo, pues le incumbe el pensamiento, el análisis de la discusión y la decisión; el proceso explora una solución a través de un debate preestablecido sobre unas bases lógicas y racionales, para dar una respuesta imparcial y justificada sobre el conflicto o la controversia planteados en el proceso, con lo que afianza necesariamente el sistema democrático. En una sociedad deben militar grupos que razonen sobre lo que es correcto o incorrecto, claro está que la mayoría debe tener prevalencia, no por cuestiones

de casualidad, sino porque identifica que la decisión es la mejor de las posibles.

Todo esto se conecta con la función jurisdiccional desde una visión social y ética que tiene lugar en el estado democrático constitucional. En primera medida, cabe resaltar que la constitución involucra a la jurisdicción como la institución principal en el derecho procesal, y es allí donde se confecciona el proceso, que solo será visto como válido cuando cumpla con los parámetros establecidos constitucionalmente. La función del órgano jurisdiccional debe cambiar y reevaluarse, pues este —aparte de ser una actividad delegada por el estado desde su soberanía— se instituye como una herramienta que genera confianza, claridad y transparencia en la sociedad, va dirigida a conservar la justicia en el territorio estatal (Agudelo, 2007).

El proceso es ese medio en el que la argumentación jurídica cumple una función doble: privada y pública. La función privada se entiende como el mecanismo que tiene toda persona para obtener una solución racional para su conflicto y la función pública se entiende como la «garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada» (Alvarado, 2005 p.52). La decisión jurisdiccional tiene diversidad de receptores, no solo se trata de los sujetos procesales, sino de la academia, de la opinión pública, de los demás funcionarios jurisdiccionales y de la sociedad. Es por esto que la argumentación jurídica es de vital importancia, en un estado constitucional democrático, en el momento de proferir el acto jurisdiccional.

4. El Control de Legalidad como Eslabón en la Decisión Jurisdiccional

Poco se ha tenido en cuenta el control de la legalidad en la decisión jurisdiccional, pues la legalidad solo se ha comprendido como requisito formal para determinar requisitos de procedibilidad. Sin embargo, la legalidad adquiere un gran valor — desde la perspectiva de la argumentación jurídica— con respecto a las decisiones que generan los funcionarios jurisdiccionales a diario, por lo que se ha comenzado a generar un estudio de fondo sobre las tesis que se escojen como base a la hora de tomar la decisión.

El control de legalidad va ligado a todo operador que se encuentre en función jurisdiccional, pues sus actuaciones no deben ser contrarias a derecho, sino que deben estar enmarcadas en la legalidad y deben ser racionales, esto se encuentra consagrado en el artículo 132 de la ley 1564 de 2012. Nuestra Constitución ha

delineado esta postura en el marco del debido proceso, con lo que se evita que el juez —por simple convicción propia— actué sin regulación, sin orden o sin ley, de allí que el juez deba detenerse y evaluar si —consumida cada una de las etapas del proceso— la decisión va siendo argumentada a partir de parámetros de lógica, razonabilidad, legitimidad y justificación.

En este caso, se trata de tomar una decisión racional, una decisión que se encuentre conforme a derecho y que esté enmarcada en una línea de principios que satisfagan a la sociedad. No se trata de una argumentación vacía, sino de encontrar ese hilo conductor entre la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión con su esencia valorativa; así, la fundamentación es un problema con tintes morales que involucra la responsabilidad social de los funcionarios jurídicos. El verdadero problema de la fundamentación va conectado —de una forma muy precisa— con la aceptación social de las sentencias y con la finalidad de la vida humana⁵. El control de legalidad le da fuerza a la argumentación jurídica desde su justificación en la motivación de las decisiones adoptadas por los jueces; por su parte, la motivación debe implicar una justificación interna, una argumentación respecto al vínculo que sustenta el acto jurisdiccional sobre la relación del hecho y del derecho, en el que se verifique la subsunción del tipo (norma jurídica) al hecho (supuesto factico) y la justificación externa que obliga al juez a desarrollar argumentos para soportar el nombramiento de la norma que haya estimado adaptable como medida de decisión en el caso concreto, sustentando la hermenéutica que ha aplicado con respecto a la misma (Taruffo, 2009).

5. Sentido Primario o Principialística de la Abogacía, Necesidad a la que se Debe Regresar

En la profesión del abogado los casos de corrupción y de malos manejos de fallos han hecho que prevalezca un mundo de inconsistencias morales que ha llevado a que la sociedad vea al profesional del derecho como una persona que vela por un interés personal e individual en aras de provecho económico.

Sin embargo, la verdadera la abogacía no es un mundo de corrupción generalizada, ni un mundo de prestigio hincado en la práctica inmaculada. Hay

⁵ Salas Minor, E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos sin engañarse a si mismo y a la comunidad jurídica. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <http://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>

que ser insistentes en que se debe tener presente la necesidad de un modo transparente, inteligente y honrado de ejercer la profesión; no obstante los abusos, la ilicitud, la mentira, los usos ilegales admitidos y la famosa frase: “el fin justifica los medios” que son tan utilizados.

Es importante aumentar la calidad de las actuaciones deontológicamente honestas y transparentes desde la ética y la moral, pues esta profesión tiene como principios fundamentales en su ejercicio: el obrar con moralidad y rectitud de conciencia, lo que se ramifica en: bondad, ilustración, prudencia, pericia y honradez. De esta forma, se conmemora lo que fue la génesis de la abogacía, que más que una profesión es una actividad señorial. La abogacía nace como la defensa de las personas que no podían defender, por sí mismas, sus derechos, bienes e intereses. Su función primaria no era la de ir en busca de prebendas, engaños y, mucho menos, en busca de ocasionarle daño a la sociedad. Abogar —en el derecho antiguo— era un privilegio de caballeros y de ciudadanos ejemplares; hoy en día, es necesario restaurar esta particularidad, gracias a la que la profesión de la abogacía era ejercida en busca de justicia y defensa de quien lo necesitara.

6. La Abogacía y su Función Social

El derecho, entre las profesiones de orden liberal, tiene como obligación fungir en pro de un bien social; así lo enmarca el decreto 196 de 1971 en sus primeros artículos⁶: la misión del abogado es ponerse al servicio de la justicia y no es la de generar más conflictos —como comúnmente se escucha—, la función del abogado es la de llevar claridad allí donde hay oscuridad y la de llevar la verdad allí donde prevalece la mentira. El abogado busca la realización del derecho como luchador incansable por la justicia.

En épocas de dificultades morales, cuando lo que menos importaba era si el hecho era realmente injusto o justo, en las que se buscaba el beneficio económico —sin importar si se está dañando la imagen que tiene una sociedad con respecto a su poder jurisdiccional—, en las que no se identificaba aquello que causaba que, en una sociedad, se experimenten limitaciones en el momento de acceder

⁶ El decreto 196 de 1971, en su artículo 1, establecía que el abogado tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y una realización recta de la administración de justicia. Por su parte, el artículo 2 proponía que la principal misión del abogado es la de defender —en justicia— los derechos de la sociedad y de los particulares, sobre los que ahora rige la ley 1123 de 2007: “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”.

a las instituciones para debatir sobre un derecho o para perseguir la seguridad jurídica y moral. Esto ha llevado a que, cada vez más, el ciudadano prefiera las vías de hecho para hacer justicia, porque su Estado no es capaz de mantener la integridad en sus funcionarios jurisdiccionales. Es primordial restaurar todos los ideales y, en ese sentido, restaurar para la profesión de la abogacía el ideal de la defensa de los más necesitados y de todos aquellos a quienes se les han transgredido sus derechos. Se debe recordar que el profesional del derecho debe ser un medio para la sociedad, un administrador de justicia honorable y correcto en sus actuaciones.

7. Principios de Responsabilidad del Abogado: Moralidad y Rectitud de Conciencia

La moralidad es la medida de los actos que —a diario— realiza el ser humano de acuerdo con el ordenamiento jurídico; por ende, la ética hace referencia a los actos humanos morales, libres, voluntarios e imputables, en los que la moralidad conserva la conciencia de la persona; es decir, la forma en la que esta actúa —en su diario vivir— de manera correcta y teniendo como norma objetiva a la ley. La moral define el marco del cual no puede salirse esa persona en sus actos. En este sentido, la argumentación es ese vínculo que no debe faltar en una jurisdicción, pues este lleva en sí la legalidad de sus estructuras jurídicas y morales.

Por lo tanto, cuando se dice que al profesional del derecho le corresponde actuar con moralidad, se considera que este debe llevar consigo una rectitud de conciencia concerniente al ideal que debe poseer el abogado. Es ineludible que la actividad jurídica está enmarcada en conciencia y a consciencia, así lo mencionaba Rafael Gómez Pérez (1982, p.182). En este sentido, la conciencia tiene como particularidad el poder de juzgar según juicios anteriores en los que la razón no crea sino que realiza un hallazgo de la ley humana, la ley moral y la ley divino-positiva.

Un abogado, cuando realiza cualquier tipo de juicio de valor, debe hacerlo desde una conciencia cierta y verdadera, así podrá construir ese saber que hará que le parezca erróneo, que le parezca que no es aceptable, actuar desde una conciencia frágil y dudosa. De esta forma, la argumentación jurídica se implementa en la decisión jurisdiccional. Un operador jurídico no debe apartarse de su justificación, ni de la ley moral, en la estructura de la sentencia. Es cierto que los operadores jurídicos tienen libertad de conciencia, pero esta no involucra que sea correcto

—moral y jurídicamente hablando— que incorpore a su arbitrio la práctica y la valoración probatoria falsa.

8. La Abogacía y su Responsabilidad Ética

En este recuento, hemos hablado sobre la moralidad con la que debe contar toda persona que ejerza el derecho, hemos señalado las pautas de claridad, con respecto a la moralidad, como ese juicio interno que realiza toda persona sobre su conducta. Sin embargo, además de esta responsabilidad moral, el profesional del derecho —cuando sus actuaciones sean de mala fe o temerarias— estará llevando consigo una responsabilidad ética que ha sido estipulada en el código general del proceso en sus artículos 78,79 y 80, además de una responsabilidad penal y disciplinaria si llegara a trasgredir dichas normatividades.

Por ende, el abogado se encuentra frente a una responsabilidad social. La sociedad ha depositado en él su confianza para llegar a una sociedad justa, con paz y con transparencia. El abogado vive en sociedad y para la sociedad; en este sentido, Gerardo Monroy Cabra, haciendo referencia a la Alemania occidental dice:

la actividad del abogado, por encima del estricto interés del cliente ha de proyectarse sobre el amplio espacio de la comunidad; los *Us et Coutmes du Barreau de Geneve* (marzo 1952) expresan: en todos sus actos, el abogado dará ejemplo de honor, decencia moderación y probidad. Su vida privada debe ser honorable. Debe recordar que, con el mismo título que un magistrado soporta una responsabilidad moral colectiva, la probidad le impone más que a cualquiera el respeto de sí mismo y de sus compromisos personales⁷.

Conclusiones

La argumentación jurídica, más allá de ser una forma de persuasión, es la manera en la que se busca la convicción para lograr la confianza del auditorio presente; esta se cimienta en elementos racionales y se basa en una relación dialógica

⁷ Monroy Cabra, G. (s/f). *Ética del abogado*. Consultado el 21 de agosto de 2017 a las 5:58pm. Recuperado de: file:///C:/Users/JAIME/Downloads/Dialnet-EticaDelAbogado-2117418%20(1).pdf

comprometida con el proceso de comunicación racional entre los intervinientes del proceso (sujetos procesales) con el objetivo de que se logre —por medio de la discusión— una relatoría aceptable para ambas partes.

Al mismo tiempo, cuando la decisión jurisdiccional se argumenta, se logra que la aceptación de esta decisión sea reconocida de forma convincente, lo que implica la legitimidad como expresión de racionalidad, ya que la legitimidad es el acomodamiento de un sistema normativo que involucra valores morales, éticos, principios y legitimación; esta última es comprendida como un acuerdo, aprobación y reconocimiento por parte de la sociedad. Según De Asis Roig

la justificación de la decisión cuando esta no es la única que puede adoptarse, condicionara el sentido de su apelación, pero también servirá para legitimar su significado frente a los ciudadanos (...) ciertamente basta con que la decisión se ajuste a la legalidad (1995, p.105).

Cuando se provee *ratio decidendi* o razón de la decisión, la discrecionalidad del juez o del magistrado es más legítima en cuanto se hace más pública y es mucho más responsable, pues es esa ocurrencia la que facilita una deliberación y formación para el resto de la sociedad. Optando por que el funcionario jurisdiccional fortifique su capacidad de racionalidad, para que —al tomar la decisión— lo haga sustentado en la teoría de la argumentación jurídica, en pro de venerar las garantías procesales y de hacer más democrática la decisión jurisdiccional. Esto nos lleva a comprender que la argumentación jurídica, más que una teoría, es una necesidad y una obligación en el derecho procesal contemporáneo, al grado de que es el instrumento más útil para el razonamiento jurisdiccional que conduce a una sentencia justa, legítima, objetiva, democrática, transparente y sin falacias de convicción, lo que finalmente admite un mayor control de las decisiones de la función jurisdiccional y evitando la arbitrariedad del juez en el proceso.

TRABAJOS CITADOS

- Agudelo Ramírez, M. (2007). *Jurisdicción*. En *Revista internauta de practica jurídica*. No. 19. Recuperada de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-9.pdf
- Ainaga Vargas, María del Carmen. *Nota Sobre El Estado Constitucional Democrático*. Universidad de Veracruz. Recuperado de: <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/ainaga7.pdf>

-
- Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. México: Tiran lo Blanch.
- Álvarez Álvarez, F. D. (2003). Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad .(Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). En *Revista Dikaion. Revista de actualidad jurídica*. Año 17. No. 12. Facultad de derecho. Chía: Universidad de la Sabana. Recuperado De: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252/1364>
- De Asis Roig, R. (1995). *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de derecho procesal. Tomo I: Teoría general del proceso*. 15va edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Feteris Eveline, T. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- García Amado, J.A. (2000). *Legitimidad y derechos humanos*. Sevilla: Universidad internacional de Andalucía. Sede iberoamericana. Recuperado de: http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/legitimidad_y_dchosnos.pdf p. 6.
- García Rada, Domingo Demetrio. (1967). *Discurso al asumir la presidencia de la corte suprema de justicia en el año 1967, el cual ocupo hasta el año 1968 cuando el recién instaurado gobierno militar lo separó del poder judicial. ¿De dónde se saca este texto?* CITAR BIEN
- Ghirardi, A. Olsen; Fernández, E. Raúl; Adruet, S. Armando; Ghirardi, Juan C. (1993). *La naturaleza del razonamiento judicial. (El razonamiento débil)*. Córdoba: Ediciones Alveroni.
- Habermas, J. (2010), *Teoría de la acción comunicativa (tomo I. racionalidad de la acción y racionalización social. tomo II. crítica de la razón funcionalista)*. Editorial Trotta.
- Jongitud Zamora, J. (2005). *Legalidad, legitimidad y legitimación. Implicaciones éticas*. México: UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1650/21.pdf>
- Locke, J. (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Ediciones Altaya, S.A.
- Monroy Cabra, G. (s/f). *Ética del abogado*. Consultado el 21 de agosto de 2017 a las 5:58pm. Recuperado de: [file:///C:/Users/JAIME/Downloads/Dialnet-EticaDelAbogado-2117418%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/JAIME/Downloads/Dialnet-EticaDelAbogado-2117418%20(1).pdf)
- Pavón Giraldo, Lilliana Damaris. (2017). *Incidencia de la argumentación jurídica en la decisión jurisdiccional*. En Colmenares Uribe, C. (Coord.). *Constitución y tutela judicial efectiva*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. pp. 17-35
- Perelman, C. (2007). *El imperio retorico. Retórica y argumentación*. Traducido de *L'Empire rhétorique* por Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Grupo editorial norma.
- Quintero, B. & Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. 4ta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Real Academia Española. (08 de agosto de 2017). *Diccionario de la real academia de*

-
- la lengua española. Vigésima segunda edición. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=W6xh4wt>
- Salas Minor, E. *¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica.* San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <http://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>
- Uprimny Yepes, R. (1995). *La motivación de la sentencia y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho.* En *Pensamiento jurídico*, 4ª ed. Bogotá: Universidad Nacional. Recuperado de: <file:///C:/Users/JAIME/Downloads/38998-173773-1-PB.pdf>
- Uprimny Yepes, R. (2001). *Legitimidad y convivencia del control constitucional de la economía.* *Revista de derecho público. Facultad de derecho.* Bogotá: Universidad de los Andes. No. 12. pp.145-183. Recuperado de: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub203.pdf
- Vásquez Sánchez, O. (2009). *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica.* En *Revista telemática de filosofía del derecho* No. 12. pp.99-134. Recuperado de: <http://www.rtd.es/numero12/04-12.pdf>
- Villamil Portilla, E. (2004). *Estructura de la sentencia.* Bogotá: Consejo superior de la judicatura. Sala administrativa. Escuela Rodrigo Lara Bonilla.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva.* Edición preparada por Johannes winckelman. Fondo de cultura económica. Recuperado de: <https://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/weber-economia-y-sociedad.pdf>
- Wroblewski, J. (1985). *Constitución Y Teoría General De La Interpretación Jurídica,* traducida por A. Azurza. Madrid-España. Civitas.

LEYES

- El Presidente de la República. (1971). *Decreto 196 de 1971 Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía.* Febrero 12. en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 16 de 1968, y atendido el concepto de la comisión Asesora establecida en ella.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2007). *Ley 1123 de 2007 Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.* Diario Oficial No. 46.519 de 22 de enero de 2007.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Anexo 1: Autorización de Reproducción de Textos



Red Interinstitucional
— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIÓN DE TEXTOS CON FINES EDUCATIVOS

Yo, _____, mayor de edad, identificado(a) con cédula de ciudadanía: _____ como aparece al pie de mi firma, por medio del presente escrito AUTORIZO, en mi calidad de autor(a), a la RED INTERINSTITUCIONAL PARA EL ESTUDIO DEL PROCESO Y LA JUSTICIA, con domicilio en la ciudad de Medellín, a realizar, con fines académicos, la reproducción total o parcial de la obra de mi autoría titulada: _____, en cualquier formato, para su divulgación, distribución y comunicación.

Manifiesto que el contenido de la obra literaria antes citada es inédito y de mi autoría, que no lo he cedido ni total ni parcialmente a terceros, que no tengo limitación legal o contractual que me prohíba autorizar su reproducción. Del mismo modo manifiesto expresamente que en el contenido del mencionado escrito he respetado los derechos morales y patrimoniales de autor de las referencias que se incluyen en el texto, y en consecuencia no he trasgredido o usurpado derechos de terceros; razón por la cual asumo toda responsabilidad frente a cualquier acción judicial o extrajudicial que se derive de la vulneración de derecho a la propiedad intelectual de terceras personas que con la publicación, o dentro del contenido de la misma pueda estar cometiendo, exonerando a la RED INTERINSTITUCIONAL PARA EL ESTUDIO DEL PROCESO Y LA JUSTICIA y a todos sus organismos, dependencias y empleados, de cualquier responsabilidad penal, civil, patrimonial o extrapatrimonial que se derive en razón de mi artículo.

Me acojo y acepto las normas establecidas para la presentación y evaluación de los artículos que en adelante guían el proceso editorial de publicación y reproducción de la obra; hago la presentación del escrito con el conocimiento y/o autorización previa y expresa de la institución, pública o privada, que avala, respalda, financia o patrocina la elaboración del texto propuesto; y manifiesto mi voluntad de publicar.

La presente autorización se realiza a título gratuito y en virtud de lo establecido en la Constitución Política de 1991 artículo 61 y de los lineamientos legales de la Ley 23 de 1982, la Ley 1450 de 2011, de la Ley 44 de 1993 y la Decisión 351 de la CAN. Para constancia de lo anterior, se firma el presente documento en la ciudad de _____ a los _____ (____) días del mes de _____ de 201__.

Nombre del autor:
Cédula de ciudadanía:
Entidad a la que se vincula:
Correo electrónico de contacto:

Anexo 2: Código de Ética para los Evaluadores



Red Interinstitucional
— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

CÓDIGO DE ÉTICA

Señor(a) Evaluador(a), su experiencia y formación en el tema nos ha permitido encontrar en usted un filtro cualificado que permita asegurar una contribución valiosa tanto para la calidad de nuestra publicación como para el enriquecimiento del conocimiento. Por favor, evalúe el artículo con base en los criterios que se detallan a continuación. Cada respuesta deberá estar acompañada de su respectiva explicación.

Aceptación código de ética como evaluador(a). Me comprometo a:

Aceptar la revisión solamente de trabajos que corresponden a mi formación académica y áreas de especialidad.	Sí __ No __
Seguir el mecanismo de revisión de los manuscritos basado en el método de doble ciego internacional, garantizando los estándares de anonimato.	Sí __ No __
Respetar el sistema de revisión doble ciego.	Sí __ No __
Realizar una revisión cuidadosa, analítica, objetiva e imparcial del artículo, ajustándome al formato de valoración de la Revista.	Sí __ No __
Respetar el criterio de confidencialidad del dictamen de mi evaluación.	Sí __ No __
No realizar ningún tipo de distribución ni difusión de los trabajos evaluados.	Sí __ No __
No obtener beneficios personales o apropiarse del contenido de los artículos evaluados.	Sí __ No __
Emitir comentarios al Comité Editorial en caso de considerar que existe algún conflicto de tipo ético o de respeto por la propiedad intelectual que entren en conflicto en el material recibido.	Sí __ No __

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Conforme a la política editorial de la Revista Temas Procesales de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia, en lo relacionado con el apartado de conflicto de intereses, y con el fin de garantizar la transparencia, independencia, objetividad y rigor académico y científico al momento de la evaluación de los artículos postulados a la convocatoria de la publicación, siguiendo el método del doble ciego, se solicita respetuosamente a los pares evaluadores dejen constancia escrita de la existencia o no de relaciones económicas o



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

personales con terceros de las que pudieran derivarse posibles conflictos de intereses al momento de la revisión.

Información personal

Nombre:	
Apellidos:	
Documento de identificación:	
Filiación Laboral:	
Filiación Universitaria (egresado-laboral):	
Correo electrónico de contacto:	
Teléfono de contacto:	

Sobre el trabajo sometido a evaluación: ¿Encuentra que existen conflictos de intereses relevantes que puedan influir en su dictamen?

Sí ___ No ___ (en caso de responder de forma afirmativa, explique brevemente):

(Nombre completo y firma)

Por favor envíe esta hoja una vez diligenciada y firmada, y adjúntela como un archivo independiente al momento de notificar su respuesta de aceptación como par evaluador (a), al correo: temasprocesales@gmail.com

Anexo 3: Recomendaciones sobre la Presentación de Textos para los Autores



Red Interinstitucional
— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

RED INTERINSTITUCIONAL PARA EL ESTUDIO DEL PROCESO Y LA JUSTICIA

La Red Interuniversitaria para el Estudio del Proceso y la Justicia ha recogido las banderas de la loable labor que realizó el CENTRO DE ESTUDIOS DEL DERECHO PROCESAL DE MEDELLÍN, institución que fue inaugurada en 1980 gracias a la idea de los ilustres juristas Orión Álvarez Atehortúa, Jairo Duque Velez y Eugenio Prieto Mesa y que fue materializada por los Doctores Gilberto Martínez Rave y Enrique Gaviria, con la colaboración del Doctor Marco Antonio Velilla, quienes pertenecían a nuestra entidad ancla de la actualidad: El Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Al CENTRO DE ESTUDIOS DEL DERECHO PROCESAL DE MEDELLÍN, institución a la cual ingresaron los más reconocidos procesalistas antioqueños: José Fernando Ramírez, Alejandro Ochoa, Álvaro Vargas, Margarita Mena, Julia Victoria Montaña, Edison Múnera, Andrés Prieto, Jesús Emilio Múnera, Rodrigo Velilla, Alberto Ceballos, Darío González, Armando Calle, Jorge Octavio Ramírez, Juan Guillermo Velásquez, Juan Guillermo Jaramillo, Luis Fernando Álvarez, Tomas Horacio Vargas, Rosita Escobar, Piedad Cecilia Velez, Juan Carlos Sosa, Martin Agudelo y —una de las más queridas representantes del Derecho Procesal— la Doctora Beatriz Quintero de Prieto (Q.E.P.D). La querida Doctora Beatriz, el 6 de mayo de 2010, en una ceremonia celebrada en la Universidad de Antioquia entregó “las argollas del encuentro” de tan importante misión de difundir y llevar adelante el Derecho Procesal y su fuerte tradición en Antioquia a la Red Interuniversitaria para el Estudio del Proceso y la Justicia, liderada desde entonces por la Doctora Diana Ramírez Carvajal, quien asumió también el reto de seguir con la tradicional revista académica: “TEMAS PROCESALES”.

TEMAS PROCESALES (REVISTA)

RECOMENDACIONES PARA LOS AUTORES

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que se dedican —actualmente— al estudio del derecho procesal y de la justicia. Su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.

Las siguientes son las modalidades que tendrán prevalencia para la publicación en la revista Temas Procesales:

1) Artículo de investigación científica y tecnológica: Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

2) Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

3) Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Por otro lado, excepcionalmente, podrán ser objeto de proceso editorial las siguientes tipologías de documentos reconocidos:

4) Artículo corto: Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requiere de una pronta difusión.



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

5) Reporte de caso: Es un documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

6) Revisión de tema: Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

7) Carta del editor: Es la posición crítica, analítica o interpretativa sobre los documentos publicados en la Revista que, a juicio del Comité Editorial, constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

8) Reseñas y entrevistas: esta sección integra revisiones de libros, tesis de maestría, doctorado y posdoctorado. Para el caso de las entrevistas, deben ser realizadas a docentes, investigadores, personajes públicos o personas vinculadas a la reflexión de las ciencias sociales en relación con el campo disciplinar de la educación y la pedagogía. Debe anexarse el consentimiento informado de la persona entrevistada. Las reseñas deben tener una extensión entre 800 y 1.000 palabras y las entrevistas entre 1.500 y 2.500 palabras. Su revisión y aprobación para publicación está a cargo del Equipo Editorial.

9) Ponencias: se trata de disertaciones presentadas por investigadores o estudiantes en congresos científicos, simposios o encuentros académicos. Deben tener una extensión entre 5.000 y 8.000 palabras, incluyendo notas de pie de página, referencias, tablas, figuras y mapas. Su revisión y aprobación para publicación está a cargo del Equipo Editorial.

10) Artículo de reflexión no derivado de investigación: presenta una reflexión sobre un problema de interés disciplinar desde una perspectiva crítica e interpretativa del autor. Los artículos deben tener una extensión entre 5.000 y 8.000 palabras, incluyendo notas de pie de página, referencias, tablas, figuras y mapas. Su revisión y aprobación para publicación está a cargo del Equipo Editorial.



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

11) Artículo de opinión: debe presentarse por un solo autor. Son trabajos cortos que presentan la reflexión sobre un problema de interés disciplinar que incida en la opinión pública. El límite del artículo es de 3.000 palabras incluyendo notas de pie de página, referencias, tablas, figuras y mapas. En este tipo de artículo la libertad expresiva y la libre estructura formal son el sello de identidad del autor. Su revisión y aprobación para publicación está a cargo del Equipo Editorial.

En la convocatoria, el autor será el único responsable por cualquier violación a los derechos de autor, por lo que la dirección de la Revista Temas Procesales se reserva el derecho de aceptar y publicar revisiones de literatura, adaptaciones y traducciones, caso donde el autor debe manifestar ese hecho e incluir la referencia bibliográfica correspondiente.

La presentación de un artículo a la convocatoria permanente de la revista Temas Procesales, significa:

1. El autor se acoge y acepta las normas establecidas en este documento para la presentación y evaluación de los artículos.
2. Hace la presentación del escrito con la autorización previa y expresa de la institución, pública o privada, que financia, patrocina o avala la elaboración del texto postulado.
3. Manifiesta su voluntad para publicar el artículo, lo que no exceptúa el diligenciamiento de los demás documentos que se exijan en el proceso editorial, especialmente la cesión de derechos para la publicación.

La recepción de los artículos no garantiza que sean publicados, pues todo artículo pasa por un proceso de evaluación a cargo de la Edición de la revista y de los evaluadores expertos seleccionados, los cuales se reservan el derecho de rechazar aquellos artículos que no se ajusten a las políticas editoriales de la revista. El envío del artículo debe estar ajustado a los siguientes parámetros:

1. Acompañar el artículo con la constancia, o hacer mención clara y expresa en el medio de presentación y de cesión de derechos, de que es inédito, de su



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

autoría y que no ha sido propuesto a ningún otro medio simultáneamente o publicado anteriormente. Además, ceden sus derechos patrimoniales a la institución y la autorizan para divulgar el artículo en medio físico, virtual, y en las bases de datos e índices bibliográficos en los cuales se encuentra o llegare a encontrar indexada la revista Temas Procesales para promover su acceso abierto a la comunidad.

2. Enviar el artículo en medio magnético al editor de la Revista:

temasprocesales@gmail.com

3. Los artículos deben presentarse con los siguientes requisitos:

- Título del artículo y subtítulo, si lo hubiere, ambos traducidos al inglés.
- En pie de página indicar el título de la investigación terminada o en proceso de la cual el artículo es producto, línea y grupo de investigación, maestría o doctorado al cual se vincula el escrito, nombre del investigador principal y coinvestigadores, calidad en la cual participó el autor, institución que avala, patrocina, financió o financia la investigación, nombre de la investigación, y año de inicio y culminación de la misma.
- Nombre completo del autor o autores y, en pie de página, la formación académica, vinculación laboral, grupo de investigación al que pertenece, el del programa de maestría o doctorado y dirección electrónica.
- Resumen del artículo (mínimo 300 y máximo 500 palabras) y palabras claves (máximo 5). Ambos traducidos al inglés.
- Introducción (presentación general del texto, dando cuenta del problema de investigación o académico a desarrollar, objetivos, justificación y metodología).
- Desarrollo del artículo.
- Conclusiones.
- Referencias bibliográficas atendiendo a normas APA (Asociación Americana de Psicología 2006).



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

4. La presentación de los artículos se debe ajustar a los siguientes lineamientos:
 - Papel tamaño carta.
 - Interlineado: 1.5
 - Presentación en Word.
 - Tipo de letra Times New Roman, tamaño 12.
 - No debe ser inferior a 15 páginas ni superar las 25 páginas.
 - Citación y lista de referencias bibliográficas tipo APA (Asociación Americana de Psicología 2006).
 - Las tablas o gráficos deben ser presentadas como archivos individuales, debidamente marcados, en formato JPG, PNG O TIFF.
5. Aparte, el autor o autores deben presentarse el resumen de la hoja de vida si no están vinculados laboralmente con la Red o ninguna de las Instituciones o entidades adscritas a la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia.

Procedimiento de presentación, evaluación y selección de artículos

El procedimiento para seleccionar los artículos es el siguiente:

1. El autor(es) envían al correo enunciado en el numeral segundo, el artículo propuesto a la convocatoria.
2. El Editor lleva a cabo la primera revisión de estilo sobre el texto postulado. Para ellos revisa que se cumplan los requisitos expresados, tanto en las formas requeridas para la presentación del artículo, como en su estructura y componentes. De verificarse el cumplimiento de las mismas, el artículo pasa a la selección de árbitro(s) evaluador(es), de lo contrario, será devuelto al autor señalando los motivos del rechazo, y se señala el término para subsanar las debilidades identificadas en el texto.



Red Interinstitucional

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

3. Verificado que el artículo postulado cumple con todos los términos básicos de forma y estilo, el Editor pone el texto en conocimiento del Comité Editorial de la revista para conceptuar el nombramiento de árbitro(s) evaluador(es).
4. El Editor envía el texto a los pares seleccionados, a quienes se concede un término de quince (15) días ordinarios para el desempeño de su labor, se presenta el formato de evaluación que debe diligenciar y se aclara la revisión bajo la modalidad de doble punto ciego.
5. Vencido el término de evaluación, se expone el concepto de este al autor, en el que se incluye la decisión sobre la publicación del artículo, que podrá ser:
 - Aceptar el artículo para publicar sin modificaciones.
 - Aceptar el artículo sin cambios sustantivos.
 - Aceptar el artículo con modificaciones mayores.
 - No publicar el artículo.
6. El Editor comunica al autor en el menor tiempo posible la decisión tomada.
7. En caso de que la decisión sea aceptado condicionado a la realización de modificaciones y ajustes, el editor consultará al autor la voluntad de continuar con el proceso editorial. En caso de resultar respuesta negativa por parte del autor, el artículo se entiende rechazado; en caso de resultar positiva la respuesta del autor, se concede un nuevo término de 15 días corridos para realizar los ajustes y modificaciones, y para devolver la nueva versión del escrito al Editor de la revista.

La Revista no asume responsabilidad por daños eventuales sufridos en el envío o por pérdida del material; además no asume la obligación de devolver los artículos que no sean aceptados, razón por la cual es importante que el autor conserve copia del artículo enviado a la convocatoria.

Esta revista se terminó de desarrollar el 30 de julio de 2018 y fue publicada entre agosto de 2018 y agosto de 2019.

Agosto 2018
Agosto 2019

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

Edición Especial sobre Oralidad y Argumentación Jurídica

31

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que se dedican —actualmente— al estudio del derecho procesal y de la justicia. Su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.



Temas Procesales

—Revista de la Red Interuniversitaria para el Estudio del Proceso y la Justicia—

Edición: Vanessa Franco Ramírez