

TEMAS PROCESALES

EDICIÓN ESPECIAL
JULIO 2004

ISSN 0120-8519

Bosquejo sobre el nuevo proceso penal: Un análisis sociojurídico

Dr. Germán Silva García

El principio de oportunidad

Dr. Carlos Alberto Mojica Araque

Sistema acusatorio y prueba

Dr. Ramiro Alonso Marín Vásquez

Reforma procesal penal. ¿El modelo de justicia que ambicionamos?

Dra. Angela María Buitrago Ruiz

Proceso, prueba y verdad

Dr. Jesús Emilio Múnera Villegas

El mito político o el mito jurídico de la prueba como sustento de la decisión judicial

Dra. Diana María Ramírez Carvajal

La duda como constante del operador jurídico

Dr. Luis Alonso Rico Puerta

Investigación jurídica y sus retos en el siglo XXI

Dra. Alba Luz Muñoz Restrepo

Las funciones del juez en un Estado Social de Derecho

Dr. Andrés Prieto Quintero

**CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL
INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL - Capítulo Antioquia**

TEMAS PROCESALES
Edición Especial

MEMORIAS
III CONGRESO ANTIOQUEÑO DE DERECHO PROCESAL
Julio de 2004

Centro de Estudios de Derecho Procesal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
-Capítulo Antioquia-

Los artículos publicados en la presente revista son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

MEMORANDUM

TO : THE FACULTY OF THE PHYSICS DEPARTMENT
FROM : [Name]

Subject: [Topic]

SUMARIO

Bosquejo sobre el nuevo proceso penal: Un análisis socio-jurídico	
Dr. Germán Silva García	7
El principio de oportunidad	
Dr. Carlos Alberto Mojica Araque	15
Sistema acusatorio y prueba	
Dr. Ramiro Alonso Marín Vásquez	23
Reforma procesal penal. ¿El modelo de justicia que ambicionamos?	
Dra. Angela María Buitrago Ruiz	51
Proceso, prueba y verdad	
Dr. Jesús Emilio Múnera Villegas	65
El mito político o el mito jurídico de la prueba como sustento de la decisión judicial	
Dra. Diana María Ramírez Carvajal	85
La duda como constante del operador jurídico	
Dr. Luis Alonso Rico Puerta	95
Investigación jurídica y sus retos en el siglo XXI	
Dra. Alba Luz Muñoz Restrepo	139
Las funciones del juez en un Estado Social de Derecho	
Dr. Andrés Prieto Quintero	147

DECLARATION

I, the undersigned, do hereby certify that the foregoing is a true and correct copy of the original as the same appears in the records of the Board of Health of the City of New York.

Witness my hand and the seal of the Board of Health of the City of New York, this _____ day of _____, 19____.

Secretary of the Board of Health of the City of New York

President of the Board of Health of the City of New York

Secretary of the Board of Health of the City of New York

I, the undersigned, do hereby certify that the foregoing is a true and correct copy of the original as the same appears in the records of the Board of Health of the City of New York.

Witness my hand and the seal of the Board of Health of the City of New York, this _____ day of _____, 19____.

Secretary of the Board of Health of the City of New York

I, the undersigned, do hereby certify that the foregoing is a true and correct copy of the original as the same appears in the records of the Board of Health of the City of New York.

Witness my hand and the seal of the Board of Health of the City of New York, this _____ day of _____, 19____.

Secretary of the Board of Health of the City of New York

President of the Board of Health of the City of New York

I, the undersigned, do hereby certify that the foregoing is a true and correct copy of the original as the same appears in the records of the Board of Health of the City of New York.

Witness my hand and the seal of the Board of Health of the City of New York, this _____ day of _____, 19____.

Secretary of the Board of Health of the City of New York

BOSQUEJO SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL -UN ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO-

Dr. Germán Silva García¹

En menos de un año, entrará a regir en Colombia un nuevo sistema procesal: El proceso de tendencia acusatoria o, como mejor se conoce en la doctrina extranjera, el proceso mixto moderno. En términos generales, sus características claves o principios fundamentales han sido recogidos en el nuevo estatuto que regula la materia: separación de las competencias de investigación y judiciales, oralidad, contradicción, publicidad, intermediación, concentración e, incluso, los atributos más radicales, oportunidad y participación popular por medio del jurado. Su adopción implica una transformación profunda, una pequeña revolución en la organización y estructura del procedimiento penal que puede tener hondas consecuencias.

Como resultado inmediato de su introducción se da un paso decisivo para dejar atrás el proceso de tendencia inquisitiva, que ha caracterizado la historia judicial colombiana, un tipo de procedimiento antidemocrático y de muy bajos niveles de eficiencia. También la nación se ha puesto a tono con las tendencias en materia de derecho procesal que, desde hace varias décadas, son dominantes en el mundo occidental, lo que implica un avance hacia la modernización de las instituciones jurídicas. Así mismo, ha comenzado a remontarse el fraude histórico en el que fue envuelto el país, ya que luego de aprobada la Constitución Política de 1991, en medio de la ignorancia de la opinión pública y aún de la

comunidad jurídica nacional, se transmitió no solo la falsa idea de la adopción de un sistema procesal de tendencia acusatoria, sino que además la misma reforma constitucional había sido legitimada en la necesidad de transformar la administración de justicia penal por medio de la introducción de tal sistema procesal, aun cuando, en realidad, mediante las leyes de procedimiento penal expedidas luego de la carta constitucional se terminó en una profundización de las instituciones de tendencia inquisitiva, agravada por las facultades judiciales de las cuales fue provista la Fiscalía. Igualmente, es de esperarse que con este nuevo código cesen las reformas anodinas y fútiles en materia procesal penal, como la aprobada con la Ley 600 de 2000, cuyo único efecto fue incrementar la inseguridad jurídica que, en vez de ser imputada a la Corte Constitucional, tendría que serlo a los poderes ejecutivo y legislativo, en este caso, además a los funcionarios de la Fiscalía General que promovieron la legislación insustancial.

En definitiva, podrían advertirse señas que apuntarían a un progreso notable en la administración de justicia penal en Colombia, dado que el sistema procesal mixto moderno constituye un modelo de administración de justicia más democrático, eficiente, transparente y garantista, al menos en un plano hipotético, puesto que todo depende de la manera concreta como sea regulado y de las condiciones del contexto político, social y cultural que rodeen su desarrollo.

Examinar de manera combinada esas condiciones de contexto y las figuras o reglas incorporadas en la legislación para configurar un tipo específico de estructura

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, coordinador y profesor del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

procesal de tendencia acusatoria, puesto que, desde luego, los distintos países de occidente que lo han adoptado han recurrido a fórmulas con variaciones muy diversas, es el objeto de este escrito. Revisión que, dadas las limitaciones de espacio, aparecerá circunscrita a un número limitado de instituciones o regulaciones que se han juzgado de relevancia, para iniciar un estudio introductorio. Al respecto, se menciona por cuanto representa un criterio para la selección de los temas que serán tratados, igualmente porque es contemplado como un fundamento teórico crucial para el análisis de las instituciones procesales, no puede perderse de vista que los procedimientos judiciales que determinan en gran medida el funcionamiento de la administración de justicia constituyen una forma de regulación política del conflicto social. Lamentablemente, en ocasiones no poco frecuentes, los estudios de derecho procesal derivan en disertaciones sobre proceduralismos, bajo la apariencia de discusiones puramente técnicas, cuando la técnica es una herramienta para la realización de metas, en este caso de índole política, cuyo análisis es abandonado. La administración de justicia y las instituciones de derecho procesal que ella adopta como medios poseen no solo una naturaleza política, tienen también objetivos, consecuencias, además de cumplir funciones sociales con una raigambre equivalente, esto es, de orden político.

La administración de justicia es un escenario para la canalización y gestión de los conflictos sociales por medios pacíficos que, además, deben ser justos y garantistas para todos los actores. El conflicto social en tanto disputa en torno a intereses, valores o creencias que se origina en situaciones de divergencia, alcanza una naturaleza política. El conflicto, en particular aquél definido como penal, está en condiciones de afectar el orden social, esto es, la manera como han sido reguladas las relaciones sociales, y ese orden determinado que se pretende establecer y preservar condensa un proyecto político de organización de la

vida social que comienza en la misma Constitución. A su vez, algunos de los conflictos sociales y de los agentes involucrados en ellos son tratados por la administración de justicia penal es decir, son objeto de un proceso de criminalización o de definición como conflictos de índole penal, lo que comporta una selección política de ciertos comportamientos y sujetos para imponerles la etiqueta de criminales, ya cuando se legisla o al momento de juzgarlos. Las intervenciones penales sobre los conflictos sociales, desde el pequeño caso que luego se multiplica a escala por un sinnúmero de casos análogos, suelen acarrear repercusiones que afectan a los actores del conflicto y a la sociedad en sus relaciones sociales y, por ende, adquieren un sentido político. Esas mismas intervenciones penales provocan la verificación de funciones sociales, es decir, consecuencias sociopolíticas más o menos generales que pueden abstraerse de los hechos generados por las actuaciones penales. De allí que en este escrito, preparado desde la perspectiva teórica de la sociología jurídica, el componente político sea asumido como un elemento básico para orientar el análisis.

Ahora, al entrar en materia, respecto de las condiciones del contexto dentro de las cuales emerge la nueva legislación procesal penal es preciso referirse a la cuestión cultural. Al plantear este problema, no se pretende seguir la vía tradicional expuesta por los opositores a los cambios jurídicos, quienes argumentan que instituciones ajenas a las tradiciones no pueden ser insertadas en el sistema jurídico nacional porque están condenadas al fracaso, dentro de alegatos que siempre concluyen con el consabido cliché, la forma más deficiente de tipificación o receta para el análisis social, con el que se intenta ocultar la pobreza de razones, según el cual "lo que es bueno para Dinamarca no lo es, necesariamente, para Cundinamarca"². Las institu-

² Cundinamarca es un departamento del país, según el sistema de división política territorial adoptado en Colombia.

ciones modernas y democráticas no son un imposible en países como Colombia, aunque tal versión pesimista considere que la democracia y la modernidad son extrañas y ajenas al trópico, lo que en realidad trasluce una postura política conservadora y un menosprecio patente a nuestra Nación. En términos generales, todas las instituciones jurídicas nacionales son adopciones o adaptaciones, muchas veces muy poco críticas, de figuras provenientes del derecho extranjero; luego no se entiende por qué en este evento no es posible nutrir el derecho nacional con instituciones y experiencias internacionales. La reforma ahora introducida, es imposible negarlo, al igual que en muchos otros campos de la vida nacional, ha provenido en forma principal de la presión o imposición del gobierno de Estados Unidos, por conducto de su programa de asistencia a la justicia, uno de los componentes del Plan Colombia; sin embargo, esto no significa que se enfrente una campaña de aculturación ni vicia la reforma, que tendrá que ser evaluada en sus méritos o en sus defectos intrínsecos, aun cuando el atraso doctrinal y la falta de iniciativa en materia legislativa de la comunidad académica nacional, junto a la situación de dependencia política resulten odiosas.

No obstante, un cambio legislativo, en especial uno con las dimensiones implícitas en la erección de un sistema procesal mixto moderno con abandono de una estructura inquisitiva con largas raíces históricas y sociales, no es apenas una simple modificación normativa, traduce una variación profunda, incluso una contraposición que puede conllevar grandes tensiones para sus operadores, en las prácticas jurídicas, en las costumbres judiciales, en las percepciones y visiones, en las actitudes y valores, en las competencias y habilidades requeridas, todo esto sin contar los nuevos conocimientos que son demandados³. Por

ello, el proceso de reforma debe contemplar los retos que significa esa transformación. El interrogante radicará, entonces, en establecer cuáles son los tipos de obstáculos en el escenario cultural y en que forma podrían ser enfrentados o corregidos. Reflexión que, de manera simultánea, supone que aun cuando las normas jurídicas son herramientas apropiadas para generar cambios, la transformación de la realidad social que rodea a la administración de justicia depende también, con harta frecuencia, de otras variables, ellas extra-normativas⁴.

Precisamente, en el campo de la problemática cultural, debe señalarse que la ausencia de un programa o campaña amplia de debate, promoción y divulgación acerca de las ventajas que ofrece el sistema procesal de tendencia acusatoria, lo que de manera tácita comprendía la necesidad de criticar de modo extenso la legislación procesal de inclinación inquisitiva que regía (continuará vigente respecto de los delitos cometidos antes del 1 de enero de 2005), es un defecto que debe acotarse, como quiera que representa un obstáculo para lograr la eficacia de la reforma. En particular, en este caso se dio un salto de la antigua a la nueva legislación, haciendo algunos esfuerzos meritorios para debatir las nuevas instituciones, pero sin haber desnudado los defectos estructurales del antiguo sistema, es decir, introducir el

cionada la necesidad de conservar una cierta armonía entre las novedades y las tradiciones socioculturales y jurídicas existentes, ROGER COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, págs. 65 a 67. Aquí, sin duda, la nueva legislación procesal significa un rompimiento profundo con el sedimento de tradiciones vividas, por tanto, esto redobla las dificultades culturales.

⁴ Varios de los elementos utilizados aquí para el análisis son extraídos de GERMAN SILVA GARCÍA, *Mito y realidad del derecho como fórmula del cambio social*, en *Revista Derecho del Estado*, No. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 109 a 115.

³ Dentro de una serie de factores o condiciones que se citan como definitivas para decidir el posible éxito de un cambio jurídico, es men-

sistema mixto moderno suponía quebrar las bases teóricas que soportaban la estructura procesal inquisitiva, lo que no ocurrió. Dicho proceso de discusiones era necesario para que la reforma ganara legitimidad, esto es, justificación y autoridad ante la audiencia, tanto de la sociedad como de la comunidad jurídica.

A su vez, en estrecha conexión con lo anterior, se tiene que la aceptación y el compromiso de los operadores jurídicos con las transformaciones que se producen es una condición indispensable para garantizar el éxito de una reforma. Condición que depende de tres factores principales. En primer término, del éxito del debate anterior, o sea, de hundir el modelo inquisitivo y de lograr consensos en torno a las ventajas que emergen de los fundamentos del sistema de tendencia acusatoria. En segundo lugar, respecto de las posibilidades de generar una identificación de los operadores con los objetivos o fines de la reforma, punto que, simplemente, ha permanecido del todo ausente, ya que en este ámbito, que pertenece a la política penal o "criminal", no se conoce cuál es la posición del Estado colombiano. Cuestión, además, de importancia capital, ya que asumir los objetivos que guían una reforma legislativa es vital para orientar la interpretación y aplicación de las normas, dado que tales finalidades constituyen el derrotero que debe guiar al operador del derecho. En tercer orden, se encuentran las potencialidades de las nuevas regulaciones para garantizar los derechos e intereses, tanto de los operadores y del personal jurídico subalterno, como de los diferentes grupos que integran la sociedad y son representados por los operadores del derecho. Su relevancia obedece a que entre mayores sean sus capacidades para ofrecer garantías a los operadores y sus representados, más pronto será acogido y usado, en razón a los beneficios que puede generar. No obstante, en este aspecto, tal como se indicará más adelante al examinar algunas

de las instituciones incorporadas a la reforma legislativa, concurren algunos problemas, los cuales podrían restarle aceptación al nuevo modelo procesal. Por ahora, baste señalar, que los temores sobre traslados o pérdida del empleo entre los funcionarios judiciales, asunto sobre el cual no se han hecho claridades, pero que comprende las facultades contempladas en el artículo 532 del nuevo código, podrían generar una resistencia frente a la reforma⁵.

La incidencia de los aspectos anteriores, relacionados con el tema cultural, no es deleznable. Una reforma puede ser neutralizada o deformada por el imperio de las costumbres establecidas o en razón a la oposición abierta o soterrada de los operadores jurídicos. En Colombia, para el campo laboral, se intentó sin eficacia alguna introducir el juicio oral, lo que concluyó en un fracaso estrepitoso. En otros países latinoamericanos, por ejemplo Ecuador, los primeros intentos para trasladar el proceso de tendencia acusatoria, en particular en lo referente al principio de oralidad, concluyeron en un fracaso similar.

Sobre la existencia de garantías en las formas procesales, que se había dicho hace poco repercute en la formación de los grados de aceptación de la reforma entre los operadores, ellas guardan una relación directa con las instituciones jurídicas incrustadas en el nuevo estatuto. En ese plano, un primer problema se refiere a la figura de la prescripción. El artículo 531, el cual ya se encuentra vigente, puesto que se trata de una de las normas previstas para su aplicación inmediata, reduce los términos fijados en la ley para la prescripción y la caducidad en una cuarta parte, a la par que establece un término mínimo de tres años. Esta medida, a la que escapan

⁵ En virtud del artículo citado pueden ocurrir despidos o traslados en la Judicatura, la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo, aunque teóricamente las plantas de personal también podrían incrementarse, lo que es improbable.

unas pocas infracciones relacionadas con delitos de competencia de los jueces especializados, algunos delitos contra la administración pública, el homicidio agravado y los delitos que le sean conexos y, por último, los delitos sexuales que involucren a menores y tengan cierre de investigación, ha sido denominada "proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos"; pero corresponde a una especie de indulto encubierto.

Es evidente que la intención apunta a descongestionar las oficinas judiciales en la actualidad saturadas de casos, dentro de la idea probable conforme a la cual se piensa que el peso del atraso en la evacuación de asuntos dentro del sistema anterior puede tener un impacto que inutilice o paralice el nuevo esquema procesal, incluso, desde su mismo nacimiento, con lo cual se alienta un "borrón y cuenta nueva", con la excepción de infracciones en las que el Estado tiene interés prioritario. Empero, la pregunta sería dónde queda la justicia, cuáles son las garantías para las presuntas víctimas de los delitos, en qué lugar queda el papel del derecho de regular las relaciones sociales y del que atañe a la administración de justicia de tratar el conflicto. Así mismo surgen otros interrogantes: ¿está enterado el país del indulto disfrazado que se ha aprobado? ¿Puede la jurisdicción civil ordinaria, que se encuentra ahogada en la mora provocada por los procesos ejecutivos y a las puertas de un colapso, constituir el escenario para el reclamo de los daños y perjuicios ocasionados con las infracciones que prescribirían? Aun cuando fiscales y jueces pueden toparse con un inesperado descenso en sus volúmenes de trabajo, lo que podría despertar una actitud de simpatía ante este aspecto de la reforma, muy distinta será la percepción de la ciudadanía enfrentada a una situación de no justicia, lo que ahondará el estado actual de deslegitimación de la administración, y también adversa será la reacción de los abogados que en el rol de apoderados de la parte civil representan a esos ciudadanos.

Un tercer aspecto vinculado a las garantías se refiere a las atribuciones para capturar sin orden judicial. Al respecto, debe reconocerse que el código procuró consignar lo previsto en el Acto Legislativo 3 con el que se había reformado la Constitución, para abrir el camino al nuevo Estatuto Procesal. Sin embargo, el mismo acto legislativo establecía la hipótesis de la captura sin orden judicial como una posibilidad facultativa, no como un mandato obligante, que quedaba al arbitrio del legislador. Pues bien, el legislador desarrolló ese poder, al prever la alternativa de la captura sin orden judicial (artículo 300), como una medida supuestamente excepcional, aunque las condiciones no son muy exigentes, en particular aquélla que estipula que "no sea posible obtener inmediatamente orden judicial" (además debe tratarse de un delito para el que procede la detención preventiva y existir motivos fundados sobre la participación del sujeto en la infracción), porque es improbable que conseguir una orden de aprehensión sea en cualquier caso un acto inmediato.

Sobre las causales para ejecutar capturas por la Fiscalía sin orden judicial, en esencia no aportan nada, ya que se trata de las mismas en virtud de las cuales procede la imposición de medidas de aseguramiento (artículo 308): 1. Un riesgo de evasión; 2. Un peligro para la comunidad; 3. Una contingencia de obstrucción a la justicia.

Con todo, la cuestión central es que dicha atribución concedida a la Fiscalía, lo mismo que las otorgadas para hacer registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, implican una usurpación de potestades del fuero judicial, ya que comprometen derechos fundamentales. Por ende, la regulación viola uno de los elementos o principios cardinales del proceso penal mixto moderno, conforme al cual las competencias de investigación y judiciales deben estar separadas de manera estricta, además, sin que el funcionario fiscal, que constituye la parte acusadora, pueda res-

tingir por su propio poder derechos fundamentales del imputado, ya que esto rompe el equilibrio que debe existir respecto de la defensa.

Así mismo, el exceso anterior no es compensado en modo alguno con la facultad otorgada al juez de garantías para realizar un control de legalidad, puesto que ese control es posterior. Las averiguaciones de la sociología jurídica han demostrado que los controles posteriores son, en gran medida, ineficaces, además de concurrir cuando el daño ya ha sido hecho. Así, el juez de garantías no puede desempeñar un rol preventivo de los abusos y, en el caso en que estos se verifiquen, estaría sometido a la tensión y desgaste de tener que ordenar una investigación penal contra el fiscal que se ha excedido, lo que sería improbable. En época pretérita se aceptaba que el procesado rindiera versión libre sin apoderado, dentro de una actuación que también estaba sujeta a un control judicial posterior, pero precisamente se sabe que esto no funcionó y por esa vía no se garantizaban los derechos ciudadanos.

Una de las materias que convocará mayor controversia es la que atañe a la regulación del elemento o principio de oportunidad, mecanismo por el cual la Fiscalía puede renunciar o suspender el ejercicio de la acción penal (artículos 321 a 330). El principio de oportunidad representa una excepción al principio de legalidad, y aparece justificado en razones de política penal que hacen aconsejable o innecesario incoar la acción penal. Su reglamentación en el Estatuto Procesal Penal ofrece numerosas cuestiones susceptibles de discusión (son 17 sus causales), pero aquí será limitada a la polémica que puede suscitar el riesgo de su utilización para encubrir los crímenes de los poderosos, aspecto político que tiene conexión con la preservación de las garantías que hacen parte del orden estatuido.

Es bien conocido que los aparatos de control penal obran de manera selectiva. La criminalización es un proceso por el cual se

seleccionan determinados comportamientos y sujetos para imponerles la etiqueta de criminales, de acuerdo con criterios políticos, económicos, sociales, culturales y jurídicos, por quienes tienen el poder requerido. Igualmente, se sabe que los riesgos de criminalización decrecen o se incrementan según el mayor poder o situación relativa de marginalidad en la que se encuentran las personas, lo que implica que los poderosos tienen mayores probabilidades de evadir las sanciones del control penal⁶. No obstante, en un Estado Social de Derecho se busca limitar ese poder de selectividad con el principio de legalidad, como garantía para evitar abusos, aunque en la práctica ello no siempre opere de modo eficaz. Ahora, cuando se introduce el principio de oportunidad, aplicado como se anotó en virtud a razones justificadas de política penal, la preocupación mayor radica en que este componente no vaya a ser empleado como una vía para conducir al sistema penal al terreno de una selectividad negativa que favorezca a quienes tienen mayor poder.

En los tiempos actuales, sin que tuviera cabida el principio de oportunidad, generaron críticas agudas, incluso escándalos sonoros, el que en muchos casos que versaban sobre personas cercanas al Presidente de la República (que por mandato constitucional interviene en la nominación del fiscal general), los fiscales delegados pidieran absoluciones, precluyeran las investigaciones o plantearan nulidades. Dentro de ese contexto puede tener relevancia, y son de público conocimiento, los escándalos de corrupción en la Fiscalía que en tiempos recientes han sobresaltado al país.

De allí que se contemplen tanto controles como alternativas para el ejercicio de la acción penal cuando la Fiscalía es reacia

⁶ MORRIS GHEZZI, *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 136.

a ponerla en marcha y recurre, de manera no justificada, al principio de oportunidad.

De manera principal se busca que las decisiones que no se traducen en un ejercicio de la acción penal, esto es, que implican una selectividad negativa, aparezcan justificadas en forma diáfana y transparente. En pocas palabras, se trata de hacer públicos y, desde luego, objeto de control, los fundamentos de la no criminalización, que bajo el imperio de un principio de legalidad concebido en términos absolutos son forzados a aparecer disfrazados o falseados como razonamientos jurídicos sobre ausencia de responsabilidad penal.

Igualmente, se establece un control por parte del juez de garantías sobre la determinación que resuelve la aplicación del principio de oportunidad, siempre que comporte la extinción de la acción penal, el cual debe ocurrir dentro de los cinco días siguientes (artículo 327). Dicho control es una precaución apropiada. Sin embargo, pudo haberse extendido a las hipótesis de suspensión e interrupción de la acción penal y, por otra parte, resultaba necesario consignar una alternativa para proseguir la actuación penal en el caso en que el juez de garantías revoque la decisión de la Fiscalía. Es claro que la falta de convicción sobre la conveniencia o necesidad de continuar con las tareas de investigación y acusación de los agentes de la Fiscalía, cuando han planteado la aplicación del principio de oportunidad, los hace inadecuados para adelantar un proceso penal en el que no creen y respecto de cuyos hechos se ha formado un prejuicio negativo. Algunos países consideran la opción de fiscales *ad-hoc* cuando los cargos involucran a altos funcionarios del Estado, puede inclusive pensarse en la intervención de organismos no gubernamentales acreditados, pero la opción de la intervención de la Procuraduría General de la Nación podría llegar a ser la fórmula más sencilla y apropiada. Empero, no se ha previsto que la Procuraduría General de la Nación asuma las tareas de investigación y acusación en

el evento comentado (artículo 111). Por tal motivo, las intervenciones penales que comprendan a personas con poder, respecto de las cuales la Fiscalía haya intentado sin éxito la extinción de la acción en razón al principio de oportunidad, estarán sujetas a sospecha. Un panorama ideal debería asegurar plenamente un adecuado uso del principio de oportunidad, a fin de preservar la justicia y las garantías legales y constitucionales.

Para concluir, un aspecto preocupante es que la reforma se haya introducido de manera tan pronta y con una vigencia generalizada. Los estudios de sociología jurídica han advertido la importancia que deparan los experimentos sociales, lo que en modo alguno significa improvisación, para enriquecer los procesos de cambio legislativo de alta complejidad. En esa dirección habría sido más prudente y, a la par, instructivo, haber introducido el modelo procesal mixto moderno en uno de los distritos judiciales del país, con el propósito de experimentarlo, examinar sus posibles defectos y proceder a realizar las correcciones legislativas o de orden organizativo requeridas, antes de extender la vigencia del estatuto a todo el territorio nacional. Esto había sido previsto con bastante sensatez en el acto legislativo que reformó la Constitución (artículo 5) con el propósito de introducir el sistema, ya que su aplicación podía llevarse a cabo de acuerdo con la gradualidad que determinara el legislador y en forma sucesiva respecto de los diferentes distritos judiciales, a la espera de adquirir vigencia plena dentro de un plazo máximo que se fijaba en diciembre 31 de 2008. La gradualidad y el carácter sucesivo, junto al plazo anterior, daban además la oportunidad para introducir las adecuaciones, correcciones o rectificaciones legislativas que fueran indispensables, reduciendo los efectos nocivos que contrae el cambio continuo de las normas jurídicas, esto es, limitando el impacto de la inseguridad jurídica que generaría el perfeccionamiento

del sistema procesal. La norma anterior, así mismo permitía realizar en forma paulatina las inversiones en infraestructura y medios tecnológicos requeridos, además de los ajustes en las plantas de personal de la Fiscalía y la judicatura. No obstante, se obró en forma contraria, al decidir la aplicación casi inmediata de la reforma.

Esto nos lleva a retornar sobre la problemática cultural. Es difícil que una reforma pueda llegar a ser eficaz cuando se percibe que ella no es viable y, en este caso, fuera de las múltiples dudas sobre la disposición de los recursos para financiar el sistema, comparece un pesimismo generalizado entre los operadores jurídicos acerca de su éxito, lo que puede conducir al fracaso como una profecía que se realiza a sí misma. Esta noción de la profecía que se autorealiza es un concepto ya clásico en la sociología⁷. Indica que la realidad puede transformarse en lo que la gente piensa acerca de ella, pues al creer que las percepciones del imaginario son ciertas, las personas realizan acciones que correspon-

den a esa idea y que por su efecto, a la postre, culminan haciéndola real. Problema que habría podido neutralizarse de haber utilizado las facultades constitucionales para introducir en forma gradual y sucesiva el nuevo sistema procesal.

Bibliografía

COTTERRELL, ROGER. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.

GHEZZI, MORRIS. *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1987.

MERTON, ROBERT K., *Teoría y estructura sociales*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económico, 1992.

SILVA GARCIA, GERMÁN. *Mito y realidad del derecho como fórmula del cambio social*, en *Revista Derecho del Estado*, No. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Gaceta del Congreso, No. 285, junio 16 de 2004.

⁷ Planteado por ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económico, 1992, pp. 505 a 518.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Dr. Carlos Alberto Mojica Araque

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Constitucionalización del principio. 3. Particularidades. 3.1. La problemática principialística. 3.2. Formas, oportunidades y efectos. 4. Causales de aplicación. 5. Política criminal. 6. Fundamentos y finalidades. 7. La problemática nacional. Bibliografía.

1. Introducción

Como integrante del grupo de investigación de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y en cumplimiento quizás de su función más importante, cual es la vinculación de la investigación y sus resultados con la realidad colombiana, pretendiendo, además, diseminar el conocimiento y compartir las experiencias investigativas, para generar espacios de análisis y debate en asuntos de trascendental importancia social como resulta ser la reforma al Código de Procedimiento Penal y la consagración con rango constitucional del polémico principio de oportunidad; asumo el grato placer de dirigirme a tan selecto auditorio en tan especial ocasión para el desarrollo y actualización de la comunidad jurídica antioqueña; no sin antes aclarar que lo aquí expuesto es el resultado de una investigación que sobre el tema, desarrolló un grupo de investigación interno conformado para este fin, por lo tanto algunos conceptos forman parte de otros ensayos sobre la temática.

A la pregunta surgida en la academia sobre si la reforma es buena o mala, sugerimos preguntarnos si en realidad es la reforma que el País necesita y si ella se ajusta a los lineamientos del Estado Social de Derecho y consulta nuestras específicas y exclusivas particularidades considerando factores sociales, culturales, políticos y económicos, propios de un país que como el nuestro se debate en una profunda crisis de la legitimidad de sus instituciones y la anomia de su sistema jurídico, traducido en la incapacidad para la resolución de conflictos, la alta inflación legislativa, la escasa credibilidad sobre su eficiencia y control

respecto de la violación de los Derechos Fundamentales; el creciente y nocivo sentimiento de impunidad y en general lo que se ha denominado como la crisis jurisdiccional.

2. Constitucionalización del principio

Frente a esta problemática introductoria, el Estado colombiano decide consagrar con rango constitucional el principio de oportunidad, para lo cual reforma, entre otros, el artículo 250 de la Carta, mediante la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, que en lo relativo a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, prescribe: *La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo " No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías."* (Los subrayados son nuestros).

3. Particularidades

De la lectura del artículo mencionado extractamos elementos y características esenciales en la estructuración del principio

de oportunidad, como lo son, la confrontación con principios como la legalidad, igualdad, obligatoriedad y elaboración de una política criminal consecuente con la realidad nacional; elementos estos, comunes en su generalidad a los países latinoamericanos que paulatinamente lo han venido incorporando a sus estatutos procesales penales, quienes recurriendo al derecho comparado toman como modelo básico la estructura de la Europa Continental; lo que nos obliga a precisar algunos conceptos dogmáticos del derecho procesal penal.

3.1. La problemática principalística

La primera cuestión a dilucidar es la de si realmente el principio de oportunidad así planteado, se opone a otros principios también de rango constitucional. Respecto del principio de estricta legalidad, considerado a partir de la revolución francesa, como la garantía suprema de los sistemas penales contemporáneos; creemos no se presenta su quebrantamiento, dada su consagración no solo a nivel constitucional, sino igualmente en la reforma al Estatuto Procesal Penal en el artículo 321 del proyecto; operándose de esta manera, el fenómeno de una nueva legalidad sujeta a la discrecionalidad reglada de la F.G.N. con causales taxativas para su aplicación, pero sobre todo, en concordancia con una política criminal todavía por elaborar.

Igualdad y obligatoriedad, como principios de aplicación ineludible en las formas de juzgamiento penal, tampoco en nuestra opinión se ven quebrantados, en razón a que respecto del primero es necesario en ocasiones, reconocer las diferencias que justifican su aplicación, para lograr no solo el derecho a ser igual, sino a ser tratado como igual; y respecto del segundo, el de oportunidad es de aplicación exceptiva y restrictiva, delimitado dentro de causales específicas y en el marco de una política criminal coherente con los fines perseguidos al incluir en la normativa constitucional el tan debatido principio.

Resaltamos entonces, el carácter excepcional, sometido por demás al control de legalidad, en la aplicación del principio de oportunidad, elemento este de común uso en los estatutos procesales penales incluido el nuestro, cuando consagra instituciones como los fueros especiales y las formas anormales de terminación del proceso, como la conciliación, la reparación integral, la ejecución condicional, todos ellos sometidos a normatividad específica; sin desconocer que la Constitución de 1991 por su propia estructura dogmática genera a nivel de jurisprudencia el método de ponderación, como herramienta hermenéutica a utilizar, precisamente cuando se presenta el eventual enfrentamiento entre principios, dando lugar a lo que en la doctrina se conoce como los casos difíciles y trágicos.

3.2. Formas, oportunidades y efectos

Tres son las formas prescritas por el proyecto de Código Procesal Penal en su artículo 323 para la aplicación del principio de oportunidad, quedando por expedir, por parte del Fiscal General de la Nación, el reglamento interno para su aplicación:

- A) No ejercicio de la acción penal
- B) Suspensión de la persecución penal
- C) Renuncia a la persecución penal

Creemos que frente a la actividad delictiva, la forma idónea para la aplicación de este principio debería ser exclusivamente la suspensión de la persecución penal, en razón a que ésta no extingue la acción penal, genera obligaciones para el beneficiado, fija un período de prueba hasta por el término de tres (3) años, propende por la mediación con las víctimas, la reparación integral así sea de manera simbólica y la obligación por parte del ente investigador de aducir al proceso las evidencias probatorias, para demostrar el interés serio del Estado en ejercer la acción penal, evitando de esta manera la aplicación del artículo 21 en la parte relativa a la remoción de la cosa juzgada.

Respecto de las otras dos formas de aplicación, creemos que a pesar del control de legalidad previo por parte del juez de control de garantías, por la extinción de la acción penal que ellas generan, bajo la presunción de la mala fe, podría prestarse para manejos políticos inadecuados y convertirse en fuente de impunidad, salvo que en la reglamentación para la aplicación del principio, aún por elaborar, se incluyan procedimientos que disminuyan este riesgo.

Del texto de la normatividad, deducimos que la aplicación del principio de oportunidad solo es procedente en la etapa investigativa por iniciativa del Fiscal de conocimiento o por solicitud del indiciado o imputado, con el inconveniente de que esta forma, la suspensión de la persecución penal, no esta sujeta al control de legalidad en razón de que no extingue la acción penal, lo cual configura un riesgo de manipulación política; a pesar de ello, insistimos que es la forma procesal más viable para su aplicación.

Como ya hemos mencionado, los principales efectos de la aplicación del principio de oportunidad, son de una parte la extinción de la acción penal, excepto para la forma suspensión de la persecución penal; y por otra, la inmunidad testimonial conferida al imputado en el evento de reanudación del procedimiento, en cuanto lo admitido por éste en la etapa de la investigación, no podrá ser utilizado en su contra como prueba de culpabilidad.

Por último, rescatamos el respeto a la presunción de inocencia frente a la aplicación del principio, al exigir un mínimo de actividad probatoria de la cual pueda inferirse la autoría o participación en la presunta conducta delictiva.

4. Causales de aplicación

Por razones de brevedad del tiempo, nos referiremos solamente a aquellas causales que presentan inconsistencia frente a los fines pretendidos por el principio de oportunidad, dadas las restricciones

que la normatividad del proyecto en el artículo 324 prescribe, al excluir de la aplicación de este principio los delitos con pena máxima superior a seis (6) años, pues sólo será aplicable a aquellos delitos de menor gravedad o entidad, máxime que la sanción de la Ley 890 de 2004, reformatoria del Código Penal, en su artículo 14, en forma por demás antitécnica, aumentó los límites mínimos y máximos para todos los tipos penales consagrados en la parte especial, reduciendo de esta manera su ámbito de validez. Igual resultado se obtiene al considerar su aplicación para delitos con pena máxima de seis (6) años pero taxativamente excluye los crímenes de lesa humanidad, violaciones al derecho internacional humanitario, genocidio, narcotráfico y terrorismo; desconociendo que causales como la delación y la extradición, encuentran su verdadero sentido en esta clase de delitos, cometidos por las transnacionales organizaciones delictivas y por los grupos armados al margen de la ley que operan en Colombia, sin perjuicio, por limitaciones temáticas de no abordar el tema de la conexidad. De otra parte, se presenta una contradicción al fijar como condición a cumplir durante el período de prueba, cuando se ha declarado la suspensión de la investigación penal, "*La dejación efectiva de las armas...*", refiriéndose a los delitos cometidos por los grupos armados, que como ya se dijo hace referencia a delitos que fueron excluidos expresamente.

5. Política criminal

Permanentes cuestionamientos se hacen desde la práctica y la dogmática procesal a la inexistencia de una política criminal coherente con la realidad socio política del país, caracterizadora por una parte, del modelo político de Estado adoptado, pues curioso resulta que la reforma constitucional de 1991 no haya generado simultáneamente una reestructuración de la política criminal y ésta no haya sido permeada por la nueva Constitución; de otra, constituye el

eje central del desarrollo de la dogmática penal en sus dimensiones sustantiva y procesal, como fundamento de la consagración y respeto de las garantías, derechos fundamentales y las libertades individuales; características globalizantes en el contexto internacional, en la ingerencia política y jurídica de otros Estados, la indiferencia estatal en su construcción e implementación, la difundida política de agravación y represión, y el escaso presupuesto asignado a programas relacionados.

Respecto de lo que debe entenderse por política criminal recurrimos a la diversidad de definiciones que ofrece la doctrina y el derecho comparado, a las cuales acudiremos de acuerdo con nuestros propósitos, así por ejemplo, el profesor VON LISZT la define como "el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y con las instituciones con ella relacionadas"¹ por su parte ROBERT VON HIPPEL la define como "consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia"². MEZGER, por su parte concibe la política criminal en sentido amplio como el "conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito"³.

Como lo hemos sostenido, dentro de una u otra definición, surge el Derecho Penal en sus dimensiones sustantiva y procesal, como límite infranqueable de la Política Criminal, donde criterios como la necesidad del derecho y la seguridad jurídica son indispensables en la construcción de parámetros serios que enmarquen y definan claramente el concepto de Política

Criminal. Es aquí precisamente, donde los conceptos de las denominadas teorías acerca de los "fines y necesidad de la Pena" y los tan mencionados pero poco aplicados "Fines del Derecho Penal", sirven de brújula orientadora para establecer un sentido claro e imparcial al principio de proporcionalidad, aquél donde la pena se relaciona con la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del autor, conceptos estos, que sólo se podrían aplicar correctamente, si sólo se tiene una cultura jurídica amplia, y desde luego los instrumentos procesales adecuados para la consecución de tales fines, lo cual sólo es posible lograr, si tanto en la aplicación como en el análisis de las diferentes hipótesis, se dota al operador jurídico de cierta discreción regulada para aplicarlos de acuerdo con principios plenamente establecidos, en especial, aquél que hoy nos ocupa como lo es el Principio de Oportunidad, que nos permitirá no solo mayor amplitud en la apreciación de los diferentes factores generadores de la dinámica social determinantes de nuestra específica realidad, al permitirnos considerar aspectos esenciales para la realización de una material "Justicia Criminal", sino que igualmente nos indicará la solución a muchos de los problemas que presenta nuestro sistema jurisdiccional, como son la descongestión de los despachos judiciales, la rápida y equitativa solución a los diferentes conflictos y quizás la más importante de ellas, la reconstrucción de un nuevo tejido social, tan deteriorado no solo por los múltiples factores de violencia, sino por la falta de credibilidad en el Estado y obviamente en sus instituciones, las cuales con el transcurrir del tiempo se han convertido en aparatos que como monstruos alejan al simple ciudadano del ente estatal no visto ya como ese ente aglutinador de los intereses individuales, sino que se generaliza esa visión del "Adversario Estatal", al ser precisamente el Estado quien define sin soporte alguno, primero, aquellos bienes que deben ser protegidos por él y en consecuencia objeto del derecho penal como "última ratio"

¹ VON LISZT. Citado por ZIFF HEINZ. *Introducción a la política criminal*. Editorial de Derecho Reunidas. Edición Española Edersa. 1979. p. 2.

² *Ibidem*, p. 3.

³ *Ibidem*, p. 3.

y en segundo lugar, quien califica o decide de manera muchas veces arbitraria, las características del infractor de la normatividad penal, desatendiendo la realidad social y perdiendo de vista que las múltiples reacciones de la comunidad frente a conductas delictivas, son elementos esenciales en la construcción de la Política Criminal de un Estado, lo cual implica, una visión sistémica y ordenada no solo de los intereses de la comunidad, sino la concepción clara de lo que es la verdadera "Justicia Criminal", con inclusión del derecho procesal, como el medio idóneo y necesario para la aplicación del derecho sustancial; lo que implica una estrecha coordinación y cooperación entre las instituciones jurídicas participantes en los momentos del derecho como son: la creación (Legislativo), interpretación y aplicación (Jurisdiccional) y administración o ejecución (Ejecutivo).

Significa lo anterior, que la construcción de una política criminal debe considerar los presupuestos esbozados en consideración tanto al marco constitucional vigente, como a la realidad viviente, quiere decir, considerar ese "derecho vivo" extractado de la singular vivencia de nuestras comunidades, como la alternativa para lograr un tratamiento penitenciario adecuado, un proceso de inserción social o resocialización efectivo, y en general, la aplicación de los diferentes fines de la pena, no solo en los delitos simples, sino en el caso de los delitos de mayor entidad o envergadura, puesto que son estos últimos los de mayor complejidad en la solución jurídica logrando la verdadera congestión judicial, como es el caso de la actividad delictiva realizada por las organizaciones paramilitares y guerrilleras, que revisten de especiales características al conflicto interno colombiano.

Por ello y puntualmente en cuanto al fenómeno paramilitar y guerrillero, como ejes centrales de las diversas controversias suscitadas en los últimos días, la política criminal que se estructure, debe además de la creación de un órgano competente para su construcción, detenerse en el análisis de

los aspectos que dieron origen a su inclusión en la vida social y política del país y desde luego, debe centrarse en una "negociación" clara y segura de los objetivos que cada parte persigue en ella. Por eso el Estado al definir su Política Criminal debe procurar porque ésta tenga vigencia en el tiempo y no se convierta en una salida de momento, lo cual como ya se ha visto, sólo ha contribuido con el afianzamiento del problema, el engrandecimiento del conflicto y el arraigamiento profundo del conflicto social, eso sin contar con la creciente, por no decir que nula, credibilidad institucional. Es hora que el Estado colombiano se redefina y con él, redefina muchas de sus políticas, entre ellas por supuesto el marco de la Política Criminal imperante, si es que en realidad existe.

6. Fundamentos y finalidades

Extractamos del derecho comparado las principales variables que han sido consideradas por la generalidad de los países del mundo para incorporar en sus estatutos procesales penales el principio de oportunidad.

- 6.1. Interés Social
- 6.2. Utilidad Pública
- 6.3. Eficiencia de la Administración de Justicia
- 6.4. Descongestión judicial
- 6.5. Pequeña y mediana criminalidad
- 6.6. Evitar efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad
- 6.7. Oportunidad de inserción social al delincuente
- 6.8. Pronta y justa reparación a la víctima
- 6.9. Economía procesal

En nuestra opinión, se debió considerar como la finalidad trascendental, constituir el principio de oportunidad, en el marco jurídico que brindé la oportunidad para lograr una solución pacífica al conflicto interno que desangra y destruye nuestro país, pues anticipando nuestra posición, de no ser así

no encontramos justificación a una reforma constitucional para consagrar el principio de oportunidad y restringirlo en su aplicación de la forma prescrita en el anteproyecto.

7. La problemática nacional

Nuestra posición consiste en que el principio de oportunidad, debe ser el marco jurídico para la solución al conflicto interno de nuestro país, que permita la posibilidad legal de lograr un acuerdo con los grupos armados al margen de la ley, que incluya no solo a guerrilla y autodefensas, sino aquellos delitos conexos con los delitos políticos que como el narcotráfico, constituyen la fuente de financiación para su existencia y operatividad y que recurren al terrorismo y genocidio como manifestación de su poderío político y militar.

Estamos convencidos, que la comisión de delitos de lesa humanidad y violatorios del Derecho Internacional Humanitario, encuentran su razón de ser en las organizaciones al margen de la ley.

Nuestra posición se fundamenta, por una parte, en la necesidad de estructurar una política criminal que se ajuste a nuestra realidad, que consulte las verdaderas causas del problema y que ofrezca soluciones coherentes con el específico conflicto interno, adoptando instituciones que como el principio de oportunidad ofrezcan una real alternativa de paz y convivencia. Por otra, reconsiderar la PAZ como el valor fundante de cualquier tipo de Estado que se precie de democrático y como condición esencial para garantizar el respeto de la dignidad humana, social, colectiva y estatal; sin las cuales resultará imposible la estructuración de un material Estado Social de Derecho.

Recordemos que no existe al menos en Latinoamérica, un país que viva una realidad tan específica como la nuestra, sometido a un alto grado de corrupción, a la ineficacia y poca credibilidad en el aparato jurisdiccional, a la deslegitimación de algunas de sus instituciones, pero fundamentalmente víctimas de un conflicto interno

armado, que si no encuentra salida distinta de la confrontación bélica, acabará sumiéndonos en la destrucción. Pretender entonces, encontrar en estas circunstancias una solución pacífica donde concurren la justicia y la paz, no dejará de ser un ideal irrealizable.

Somos conscientes de que nuestros detractores acudirán a argumentos como los de que nuestra propuesta atenta contra los elementos básicos de un Estado Social de Derecho al quebrantar principios y valores de orden constitucional, será la estructuración de la apología delictiva, significará la politización de la Fiscalía General de la Nación, se convertirá en fuente de impunidad, y peor aún será el protector de la delincuencia de cuello blanco.

A pesar de esto, queda nuestra propuesta para abrir no solo el debate, sino a recapacitar si su legitimación se encuentra en nuestra cruda y exclusiva realidad. Respecto de nuestro compromiso nada más apropiado que recordar lo expresado por el profesor M. CAPPELLETTI: *"El gran reto y la responsabilidad no son solamente de los jueces, sino de todos nosotros, los juristas, estudiosos y prácticos, docentes y abogados. La época del derecho puro ha terminado. La nuestra es la época del derecho responsabilizado, del derecho no separado de la sociedad, sino íntimamente ligado a ella, a sus necesidades, a sus demandas, a las voces de esperanza, pero también de justa protesta y de dolor, que vienen de la sociedad."*⁴

Bibliografía

ARMENTA, DEU. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*; Alemania y España. Edit Casa blanca, Madrid 1980

ARROYAVE DIAZ, RAFAEL Y OTROS. *Reforma a la Fiscalía y Sistema Acusatorio*. 1ª edición, 2003. Editorial Librería Jurídica Sánchez, Medellín.

⁴ CAPPELLETTI M. *Las cuatro dimensiones de la justicia contemporánea*. Editorial Ejea, Buenos Aires. 1973. p. 18.

BARONA VILAR, SILVIA. *La conformidad en el proceso penal*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia España. 1994.

BETETA SALAS, CHRISTIAN. *Problemática y recomendaciones sobre la reglamentación y aplicación del principio de oportunidad*. <http://ofidnews.com/comentarios.php?id>.

----- *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano* de los Magistrados Darío Palacios Dextre y Ruth Monge Guillerma. Editora FEAT. Lima Perú. 2003.

CANCINO, ANTONIO JOSÉ. *Derecho penal y sistema acusatorio iberoamericano*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002.

ESPITIA GARZÓN, FABIO. *Principio de oportunidad*. Libro Instituciones del derecho procesal penal, cuarta edición, Editorial Legis. Año 2002. Bogotá.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán*. Edit Bosch. Barcelona, España. 1985.

GÓMEZ COLOMER, BOSCH. *El proceso penal Alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, España. 1985.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C., 1998.

----- *Actas del servicio y crímenes de lesa humanidad*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 1998.

HASSEMER, WINFRIED. *Fundamentos del derecho penal*. Editorial Bosch, Barcelona España. 1984.

JAKOBS GUNTHER. *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcionalista*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. 1996.

LEONE, GIOVANNI. *Tratado de derecho procesal penal*. Edit Gedisa 1982.

MAESTRE, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar y el principio de oportunidad en el Estado Social de Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MAIER J, JULIO B. *Derecho procesal penal*. Editorial Lerner. Buenos Aires 1980.

----- *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Edit Lerner. Buenos Aires 1975.

MAYA VILLAZÓN, EDGARDO. *Foro el estado actual de la justicia en Colombia. Diagnóstico y soluciones*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002.

----- *Intervención del Ministerio Público en el Sistema Acusatorio*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Octubre 10 de 2002.

Ministerio de justicia y del derecho. *Hacia el abolicionismo. Documentos y propuestas sobre alternativa penal*. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 1994.

MIR, PUIG. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, España 1994.

OLMEDO, CLARÍA. *Derecho procesal penal*. Editorial Lerner 1979.

ORE GUARDIA, ARSENIO. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Alternativas 1ª edición.

PATIÑO MOLINA, MÓNICA y GONZÁLEZ, MIGUEL. Director Edgar Saavedra Rojas. *Los Delitos de bagatela y el principio de oportunidad*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santa Fe de Bogotá D.C 1994.

Revista de la defensoría pública de Colombia. No. 2. La Defensa. Dudas sobre la aplicabilidad del Principio de Oportunidad en la actual reforma penal. Editorial Defensoría del Pueblo. Bogotá 2003.

Revista Atenea. Análisis de la jurisprudencia penal. Editorial Librería Jurídica Sánchez Año 1, No. 3. Octubre, Diciembre 2002.

ROXIN, CLAUS. *Orígenes y evolución del proceso penal alemán*. Strafver fahrensrecht. 20ª edición. Beck. Manchen. 1987.

SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Editora Idemsa. Lima Perú. 1994.

Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en Argentina, Buenos Aires, Presidencia de la

Nación; Consejo para la Consolidación de la Democracia, Tomo Primero, Buenos Aires 1989.

SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho penal argentino*. Editorial TEA. Buenos Aires, Argentina. 1946

SOLIMINE, MARCELO A. *La suspensión del juicio a prueba para los delitos criminales en la Ley 24*.

TORRES CARO, CARLOS. *El principio de oportunidad: un criterio de justicia y simplificación procesal*. Editorial Gráfica Horizonte, Bogotá, 1994.

VANEGAS GONZÁLEZ, DAVID. *El sistema acusatorio*. Acto Legislativo 003 de diciembre

de 2003 primera edición. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2003.

www.Rjuca.com

www.cienciaspenales.org

www.fiscalia.gov.co

www.Ramajudicial.gov.co

www.todoelderecho.com

www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/pecla02/reforma.htm

www.colombia.com

www.ub.es/geocrit/sn_45_24.htm

www.nodo50.org/voz/020998-24.htm

SISTEMA ACUSATORIO Y PRUEBA

Dr. Ramiro Alonso Marín Vásquez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Visión panorámica del proceso y las pruebas. III. Elementos materiales probatorios, actos de investigación y pruebas. IV. Algunas reflexiones sobre la prueba testimonial. V. Prueba anticipada. VI. Prueba de referencia. VII. Evidencia demostrativa. VIII. Debido proceso probatorio penal. IX. Apunte final.

I. Introducción

El cometido de los partícipes en un caso debatido dentro de las reglas del sistema acusatorio basado en la oralidad, así como del Estado Social y Democrático de Derecho y del individuo que a éste se enfrenta como sujeto procesal imputado, sin duda depende básicamente del método de ofrecimiento, formación y valoración de las pruebas en el juicio, así como de la manera como se aseguren los elementos materiales probatorios (que aún no son pruebas) durante la investigación.

Pues bien, la publicación de estas notas tiene una sola pretensión: con mi vocación pedagógica, tratar de introducir en el tema a quienes aún se sientan en proceso de formación académica y técnica para una nueva experiencia procesal y profesional en Colombia y, a la vez, atender el llamado institucional para participar en el debate con modestas reflexiones, la mayor parte de las cuales se traducen en aprobaciones y otras en sugerencias respetuosas. El trabajo contiene una visión panorámica de las pruebas en el sistema acusatorio, y de la actitud y dinámica de las partes y el juez frente a los actos de prueba, de modo que bien puede calificarse como una introducción a un tema denso y que sin duda debe complementarse con ulteriores reflexiones.

1. *Pensamiento reflexivo.* De entrada, debo invitar a un pensamiento reflexivo: a propósito del cambio de estructura procesal

penal, que no nos invada el escepticismo, pero tampoco el dogmatismo o la exageración utópica. Cuando le urgían que optara entre dos posiciones religiosas extremas, ERASMO sentenció: *"no navega mal quien pasa a igual distancia de dos males diferentes"*. Creo que el Acto Legislativo 03 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal¹ pretenden la adopción de un sistema más acusatorio, basado en la oralidad, con una fuerte tendencia hacia el paradigma anglosajón, cuyo aporte al equilibrio de la ecuación eficacia-garantía resulta indiscutible en la experiencia universal; pero, a la vez, matizado por algunos aspectos como la introducción de la figura de la "formulación de imputación" durante la investigación, con el fin de garantizar la defensa y la contradicción en esa fase del proceso, como imperativo del artículo 29 de la Constitución Política; o la presentación de mecanismos para facilitar el reconocimiento y participación de las víctimas; o, por razones culturales, en la necesidad impuesta de razonar científicamente los resultados probatorios y jurídicos en la sentencia y aún en decisiones anteriores (argumentación); porque, como escribe LUIGI FERRAJOLI, *"la disipación de dudas no puede ser meramente subjetiva, en el sentido de una expresión de voluntad del juzgador, sino, antes bien, se debe objetivizar en una explicación racional acerca de los motivos de este proceso"*

* Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

¹ Aunque pende la sanción presidencial y la promulgación, hago uso del texto conciliado que salió de las Cámaras Legislativas.

psicológico, con fundamento en una valoración de los elementos de prueba obtenidos conforme a la ley procesal².

En fin, esa virtud de ponerse en el medio cuando las condiciones sociales vernáculas lo exijan, o de diferenciar por necesidad y no por esnobismo, resulta además un oportuno llamado de atención, porque la oralidad y la intermediación agilizan el proceso, entregan mucha sabiduría práctica, permiten captar gestos que el escriturismo desperdicia para una solución más cercana a la realidad, pero, de igual manera, la primera deja latente el riesgo de olvidar la abstracción como facultad y método del hombre para explicar y ordenar algunos fenómenos. Es decir, no resulta tan importante "ganar el caso" como extraer de su curso y de la solución una regla de experiencia para futuros juicios.

En todo caso, ni en el actual ni en el futuro sistema procesal penal, el objetivo del proceso, como dijo DIDEROT, no puede ser construir o inventar responsables sino descubrirlos.

Ahora bien, sería una audacia afirmar que con el nuevo sistema procesal penal se pretende cambiar una forma de Estado por otra; o reformar el cuerpo de las ciencias, cuando sabemos que la solución no está en el Derecho Penal, éste sólo actúa como dique y, a la vez, fuerza de acción para mantener los mínimos de convivencia social, pues él no puede suplantarse las medidas de política social y económica que demandan todos los problemas sociales, incluido el de la criminalidad.

2. *Colapso del actual sistema penal.* En Colombia, como en casi todo el mundo, se ha verificado un aumento generalizado de la criminalidad y paralelamente se advierte también el retraso y la impotencia del aparato de justicia penal, rayano en el colapso, si no es porque abundantes casos anticipadamente quedan impunes o sencillamente están pendientes de una "oportunidad" de

investigación y juzgamiento que nunca llega, precisamente porque *ad impossibilia nemo tenetur* (a lo imposible nadie está obligado). La agilización de la estructura procesal penal y, por consiguiente, el impulso en la resolución de los conflictos, se impone como recomendación, porque no vaya a ser que el desánimo y la rutina sirvan para quedarnos en el *mare magnum* de los papeles que consume nuestros esfuerzos y también frustra las expectativas sociales.

3. *Cambio de actitud y mentalidad de abundancia.* Definitivamente, el Acto Legislativo 03 de 2002 requiere un cambio de actitud, porque ahora sí, de verdad, el centro de gravedad del proceso será el juicio oral y público y no la encuesta instructoria que predomina en la actualidad. La verdad procesal debe surgir de un debate amplio entre la teoría del caso y las pruebas que proponen dialécticamente la Fiscalía como acusadora y la parte defendida que representan el acusado y su defensor técnico, controversia finalmente definida por el juez de juzgamiento como tercero imparcial, quien llegará al juicio sin ningún conocimiento del caso y abierto a aprehenderlo y decidirlo por la presentación y argumentación de las partes y la convicción que finalmente logre.

4. *¿Asunto de madurez cultural o jurídica?* Se ha objetado la instauración del sistema acusatorio basado en la oralidad porque el país aún no ha alcanzado el grado de madurez suficiente para asumirlo; pero, se pregunta, cómo podríamos llegar a estar maduros en el sistema acusatorio si nunca hemos transitado por sus senderos. Siempre hemos caminado por las veredas de un sistema fundamentalmente inquisitivo (así normativamente se haya matizado como mixto), dada la preeminencia excesiva de la fase de instrucción sobre el juicio. Nótese cómo en la actualidad la sentencia se dicta fundamentalmente con base en la prueba inquisitivamente practicada durante la instrucción, prueba que produce el fiscal por sí y ante sí, pues muchas veces ni

² Derecho y Razón, pág. 37.

siquiera se ofrece una sola durante el "juzgamiento", porque, precisamente la prolífica investigación no deja espacio a esa necesidad. Así entonces, paradójicamente, en algunos juicios el juez decisor no practica directamente una sola de las pruebas sobre las que fundamenta el fallo y, además, llega necesaria y suficientemente prejuiciado por la obligatoria lectura del expediente que contiene la acusación.

Así pues, a propósito de la experiencia acusatoria y de oralidad, vale la pena parodiarse al poeta MACHADO, porque ese camino solo se construye al andar por él y no encogiéndonos de hombros para sustraernos a una experiencia que, en otras latitudes, ha producido mayores réditos de eficacia y garantías en el proceso penal.

5. *Costos del sistema.* También se han hecho reparos en materia de costos de implementación del sistema basado en la oralidad y, aunque ciertamente las dificultades económicas han sido determinantes para la operatividad de cualquier sistema (inclusive el actual), no podemos quedarnos sumidos en la impresión que las comunidades tienen de una justicia barata (para el Estado), poco efectiva, burocratizada y reglamentarista. Además, la comparación de costos (que pueden ser mayores para la implementación del futuro sistema) no puede hacerse a partir de una igualación de rendimientos, porque debe tenerse en cuenta que el acusatorio oral augura mayor efectividad en la averiguación de los hechos que deban ser juzgados y permite un mayor respeto a los derechos fundamentales.

6. *Las pruebas un asunto medular.* Pues bien, en esta oportunidad nos ocuparemos del tema de las pruebas, porque también se ha difundido perniciosamente la especie de que en el proceso acusatorio basado en la oralidad, la verdad procesal depende de la fuerza de la oratoria o del engañoso discurso de los participantes. No, de acuerdo con el artículo 250 numeral 4° de la Constitución Política (modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de

2002), el juicio no solo será público, oral, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, sino también "*con inmediación de las pruebas*", lo cual significa tanto que las pruebas sólo pueden ofrecerse y producirse ante el juez de conocimiento (salvo las excepciones legales), como que el juicio y la sentencia serán basados en PRUEBAS y no en ocurrencias personales o "impulsos del juez".

De modo que el proceso penal en Colombia siempre se fundará en puntos de apoyo empíricos, científicos y racionales, suministrados por las pruebas, y así entonces se traduce en un proceso de conocimiento o de convicción y no de meras suposiciones. La verdad depende no de la sola fuerza de exposición de argumentos, sino de la fuerza de las pruebas argumentativamente expuestas. Desde luego, ninguna de las partes podrá confiarse en su supuesta verdad y dejarla correr sola, pues debe contar que tiene una contraparte que también aspira a sacar adelante "su verdad" y, no vaya a ser que ocurra lo mismo que en el teatro: excelentes libretos resultan arruinados en una pésima presentación.

No basta una convicción íntima o fundada de que se tiene la "verdad", resulta necesario saberla presentar técnicamente en el juicio oral y público, porque, como escribe JHON STUART MILL, sólo mediante la confrontación de opiniones adversas, el resto de la verdad tiene alguna posibilidad de aparecer.

Ahora bien, el proceso penal no es retórica o imaginación; se trata de un proceso cognoscitivo, basado en elementos materiales probatorios o evidencias físicas, informes y pruebas como factores empíricos y externos al juez, fundados en la científicidad y racionalidad de las inferencias que él haga a partir de aquellos. Los hechos se manifiestan en afirmaciones que requieren verificación empírica. La verdad entonces está abierta a la prueba y contraprueba, a la confirmación o negación de la hipótesis, porque el juicio oral lo construye la verdad y no la autoridad. Ese ingrediente cognitivo se advierte en todas las decisiones que

tengan que ver con la responsabilidad o inocencia del imputado, desde la investigación hasta el juicio, tales como la captura, la medida de aseguramiento, la acusación y la sentencia condenatoria (véanse, por ejemplo, los artículos 7° inciso final, 297, inciso 2°, 306, inciso 1°, 308, inciso 1°, 336, 380, 381, 382, 402, 404, 420, 432 y 441, inciso final). El mismo título II del Libro II se denomina "*Medios cognoscitivos en la indagación e investigación*", para referirse a los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, información, interrogatorio al indiciado y prueba anticipada, como algo externo al juez que es lo único que puede generar su conocimiento, pues, como lo enfatiza el artículo 372, las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

II. Visión panorámica del proceso y las pruebas

1. *Fases del procedimiento*. El nuevo procedimiento (que no es el proceso) incluye dos (2) fases: el procedimiento de indagación e investigación y el juicio, integrado éste por tres (3) audiencias: la de formulación de acusación, la preparatoria y la de juicio oral.

2. *Investigación y elementos materiales probatorios*. El procedimiento de indagación e investigación consiste en el despliegue de diligencias de averiguación, dirigidas y coordinadas por el fiscal y ejecutadas materialmente por la policía judicial, bajo su dependencia funcional, en orden a buscar elementos materiales probatorios y presentar informes (C. P. P., artículos 200 y 207). Los actos materiales de investigación sólo pueden ser ejecutados por la policía judicial, pues ella es la que debe responder por la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, hasta certificarla (artículos 254 y ss.). Cuando las averiguaciones de la conducta punible son generales, sin dirigirse concre-

tamente a una persona determinada, se habla propiamente de una INDAGACIÓN, actividad que puede convertirse en INVESTIGACIÓN en el momento en que se centra en un indiciado ya individualizado o identificado, como consecuencia de los elementos materiales probatorios e informes que lo comprometen seriamente, caso en el cual el fiscal debe acudir al juez de control de garantías para FORMULAR LA IMPUTACIÓN, dentro de una audiencia preliminar y, desde entonces, el *indiciado* pasa a ser un *imputado* y prácticamente comienza el ejercicio de la acción penal (artículos 286 y ss.).

Para la formulación de imputación que hace el fiscal ante el juez de garantías, no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes en poder de la Fiscalía (aunque obviamente debe contarse con ellos), salvo que en la misma audiencia preliminar de imputación, el fiscal decida solicitar la imposición de medida de aseguramiento (artículo 288-2).

Vale la pena advertir a los fiscales que una formulación de imputación apresurada, esto es, sin suficientes soportes probatorios, no solo lastima la presunción de inocencia del imputado, sino que puede propiciar la impunidad de algunos casos, pues, si los funcionarios dejan pasar sesenta (60) días sin poder presentar escrito de acusación, *ipso facto* se genera una causal objetiva de preclusión, cuya aplicación pueden pedir al juez de conocimiento tanto la defensa como el Ministerio Público (artículos 294, inciso 2° y 332-7).

De igual manera, si durante la investigación procede la captura, el fiscal debe solicitar la orden al juez de garantías, efecto para el cual presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes pertinentes de que disponga para sustentar la medida. Si fuere necesario, el juez de garantías interrogará directamente a los testigos, peritos y funcionarios de policía judicial que acompañen al

fiscal y, después de escuchar los argumentos de éste, decidirá de plano sobre la solicitud (artículo 297, inciso 2°).

Por otra parte, si fuere procedente una medida de aseguramiento, el fiscal solicitará al juez de garantías la convocatoria de una *audiencia preliminar* para el efecto, pero deberá presentar en el acto los elementos de conocimiento o elementos materiales probatorios, evidencia física o información estrictamente necesaria para la medida, de los cuales pueda inferirse razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta punible investigada y siempre que se cumplan los demás requisitos de ley (artículos 306 y 308).

A propósito, se entiende por *audiencia preliminar* todo acto en el que se resuelven peticiones o se adoptan decisiones previas a la audiencia de formulación de acusación, ante o por el juez de control de garantías. Además de la formulación de imputación y la adopción de medida de aseguramiento, ya examinadas, también pueden realizarse audiencias preliminares durante la investigación para que el juez de garantías ejerza el control de elementos materiales probatorios e informaciones recogidos en los registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía; o para la práctica de una prueba anticipada; o para adoptar medidas de protección a víctimas y testigos; o para resolver sobre la petición de medidas cautelares reales; o para ejercer el control sobre la aplicación del principio de oportunidad (artículos 153 y 154).

Durante la indagación e investigación la Fiscalía y la Policía Judicial no producen pruebas, simplemente la segunda recoge elementos materiales probatorios y presenta informes, bajo la dirección y coordinación de los fiscales, cuya potencialidad probatoria para una sentencia (condenatoria o absolutoria) depende de su debida presentación y debate ante el juez de conocimiento, por medio de un órgano de prueba que puede ser el testigo o perito:

Se entiende por *elementos materiales probatorios y evidencia física* las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares; armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio usado en la comisión del delito; dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; documentos, grabaciones, filmaciones, fotografías, videos o cualquier otro medio técnicamente avanzado; y mensajes de datos, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, entre otros, descubiertos, recogidos y custodiados por el investigador (artículos 256 y 275).

3. *Acusación y elementos materiales probatorios.* De acuerdo con el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, el procedimiento de investigación, cuya duración está prevista en treinta (30) o sesenta (60) días -según el caso- contados a partir del día siguiente a la formulación de imputación, concluye con una de tres (3) decisiones alternativas: el fiscal presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento competente para adelantar el juicio (artículo 336); o el fiscal solicita preclusión al juez de conocimiento y éste la acepta mediante el proferimiento de la respectiva sentencia de preclusión (artículos 331 y ss.); o el fiscal aplica el principio de oportunidad, de acuerdo con las causales y controles judiciales previstos en los artículos 321 y siguientes.

La acusación se presenta "cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe" (artículo 336). En el escrito de acusación deberá hacerse el descubrimiento de las "pruebas", por medio de la presentación de un documento anexo relacionado con los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que la Fiscalía pretenda aducir al juicio oral, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; la indicación completa de testigos y peritos que se

presentarán en el juicio oral; el señalamiento de los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; las declaraciones o deposiciones que haya recibido la Fiscalía; y los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía (artículos 337 y 284, párrafo 3°).

Es importante destacar que, cuando el fiscal solicita la preclusión al juez de conocimiento, éste deberá convocar a una audiencia pública en la que pueden intervenir la víctima, el agente del Ministerio Público y el defensor, si pretenden oponerse a la petición. El fiscal deberá indicar los elementos materiales probatorios y evidencia física que sirvieron para sustentar la formulación de imputación y el fundamento de la causal de preclusión invocada, pero en ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas (artículo 333).

Para precaver en el futuro confusiones conceptuales debidas a la distinción que hoy existe entre preclusión y cesación de procedimiento, resulta indispensable aclarar que en el nuevo sistema de juzgamiento sólo se prevé la preclusión, básicamente durante la investigación, pero también puede producirse en el juicio, como consecuencia de las causales 1 y 3 del artículo 332 (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal e inexistencia de la conducta investigada).

Como un tema basilar relacionado con las pruebas, debe indicarse que la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y la Fiscalía, no proceden por caprichos del funcionario o conveniencias que no estén basadas en un mínimo probatorio seriamente orientado a la responsabilidad del imputado, pues siempre deberá respetarse la presunción de inocencia (artículo 327, inciso final).

Claro que la Fiscalía *motu proprio* puede ordenar el archivo de las diligencias, cuando advierta que no existen suficientes motivos y circunstancias fácticas que permitan caracterizar una conducta como

delito, según lo previsto en el artículo 79 del código, en claro desarrollo del encabezamiento del artículo 250 de la Constitución Política (modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002).

Con la presentación del escrito de acusación, comienza el juzgamiento que, antes del juicio oral, pasa por dos (2) audiencias: una de formulación de acusación y otra audiencia preparatoria.

4. *Audiencia de formulación de acusación y elementos materiales probatorios.* En la AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN, el juez, abierta la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes. El fiscal, el Ministerio Público (si asiste) y la defensa pueden hacer uso de la palabra para expresar las causales de falta de competencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y las observaciones sobre el escrito de acusación, cuando no reúna los requisitos previstos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Resuelto lo anterior, se concede la palabra al fiscal para que formule oralmente la acusación. En esta audiencia se reconocerá a la víctima y su representación legal. En este acto la Fiscalía descubrirá los elementos materiales probatorios, razón por la cual la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene al fiscal, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico de que tenga conocimiento. Así mismo, cuando la defensa piensa hacer uso de inimputabilidad en cualquiera de sus variantes, entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que hubieren sido practicados al acusado (artículos 338, 339, 340 y 344).

El descubrimiento probatorio debe ser lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación (aunque podrá completarse en la audiencia preparatoria), so pena de que los elementos materiales probatorios ocultados no puedan ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse en el

juicio; pero, excepcionalmente, podrán aducirse y admitirse los hallados por las partes durante el juicio, cuando, en consideración del perjuicio que podrá inferirse al derecho de defensa y a la integridad del juicio, se acredite que son muy significativos y además que la omisión no se debió a causas imputables a la parte afectada (artículos 344, inciso final y 346).

Una vez más, apenas se habla de elementos materiales probatorios e informes, porque aún no se ha entrado en el debate público y oral que dé lugar a las pruebas.

Desde luego, el artículo 345 señala cinco (5) casos en los que las partes no están obligadas al descubrimiento probatorio, tales como las relativas al secreto profesional, los hechos ajenos a la acusación, los apuntes personales y trabajo preparatorio del caso, la información que afecte notoriamente investigaciones en curso o posteriores o la seguridad del Estado. Conviene precisar que las partes no están obligadas a descubrir las observaciones hechas en un cuaderno de notas sobre los resultados de entrevistas, pero los registros técnicos (grabaciones magnetofónicas, video o audio video) sí están obligados a revelarlos (artículos 206 y 345-3). Las declaraciones juradas siempre deberán descubrirse (artículo 347).

5. *Audiencia preparatoria, elementos materiales probatorios y pruebas.* Finalizada la audiencia de formulación de acusación, se fija fecha y hora para la AUDIENCIA PREPARATORIA. En esta audiencia pueden hacerse las observaciones sobre el descubrimiento de los elementos probatorios; el juez dispondrá que la defensa descubra sus elementos probatorios; que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de los elementos probatorios que harán valer en el juicio oral y público; y se producirán las estipulaciones probatorias de las partes (acuerdos entre fiscalía y defensa para dar por probados los hechos o una parte de ellos o la imputación material de las conductas y así excluirlos de toda controversia probatoria -artículo 356, parágrafo-); que el

acusado manifieste si acepta o repudia los cargos; la Fiscalía y la defensa solicitarán las pruebas que requieran para sustentar su pretensión; el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas, cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba y podrá excluir las pruebas impertinentes, inútiles, superfluas o ilegales. En ningún caso el juez podrá decretar pruebas de oficio (artículos 355 y ss.).

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, el Ministerio Público podrá pedir la práctica de una prueba omitida por éstas que pueda tener esencial influencia en los resultados del juicio (artículos 112 y 357, inciso final).

Si alguna de las partes lo requiere, deberán exhibirse los elementos materiales probatorios para su conocimiento y estudio (artículo 358).

En los debates de Senado y Cámara se reubicó, como parte de la estructura de la audiencia preparatoria, la norma del artículo 362 (antes estaba en el capítulo de la prueba anticipada), cuya redacción puede generar algunas dudas en su aplicación. Dice el precepto:

"Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía".

A pesar de la confusa redacción del texto, no puede olvidarse que la lógica del sistema indica que ningún indiciado, imputado o acusado podrá defenderse si no existe una imputación o acusación previa; que el órgano oficial de la persecución penal es la Fiscalía General de la Nación; que a ésta concierne la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal; que en ningún caso podrá invertirse la carga de la prueba; y que, como consecuencia del principio de presunción de inocencia, el

imputado o acusado no está obligado a presentar elementos probatorios o pruebas a su favor o de descargo -aunque sí tiene facultades para hacerlo- (artículos 7º, 267 y siguientes).

En razón de lo dicho, durante el juicio oral, por lo menos, la primera prueba que se aduzca será de naturaleza inculpatória y obviamente corre a cargo de la Fiscalía, pero si la defensa tiene una prueba específica de refutación de la que acaba de practicarse, ella se llevará a cabo y así de manera sucesiva y alternativa. Si no existe esa relación específica de refutación, en todo caso se practicará primero la prueba de la Fiscalía y después la de la defensa. En cualquier momento en que una de las pruebas de la defensa pueda reputarse como opuesta específicamente a la que se practica por ofrecimiento de la Fiscalía, se interrumpirá la actividad probatoria de ésta para intercalar la de la defensa, y después continuará la primera.

Tal vez el propósito de la norma es el de que el juez pueda hacer de inmediato el juicio de comparación entre dos pruebas enfrentadas, pero de pronto las interrupciones de una parte para darle paso a la otra, por orden del juez, pueden generar interferencias en la estrategia de cada uno para convencer al funcionario. En cambio, como pervive el criterio de que las pruebas se valorarán en conjunto (artículo 380), creemos que la metodología de que cada parte ofrezca de una vez todas sus pruebas, obviamente primero la Fiscalía y después la defensa, para nada perjudica la convicción del juez, máxime que éste siempre debe estar atento a la exposición y toma nota para la eventualidad del interrogatorio complementario.

6. Audiencia de juicio oral y pruebas. Concluida la audiencia preparatoria, el juez fijará fecha, hora y Sala para el inicio del juicio oral y público, que es el centro de gravedad de la actuación y la parte que más entusiasmo a la opinión en general (artículo 365).

Instalado el juicio oral y público, el juez de conocimiento advertirá al acusado -si

está presente- que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. El juez le concederá la palabra al acusado para que manifieste libremente si se declara inocente o responsable. La declaración podrá ser mixta, esto es, de inocencia en relación con unos cargos y de responsabilidad respecto de otros. Este acto se denomina de *alegación inicial* (artículos 366 y 367).

Después, la Fiscalía presenta la teoría jurídica del caso y lo propio puede hacer la defensa, con base en los elementos materiales probatorios e informes recaudados durante la investigación. Es el momento del juicio que se titula como *declaración inicial o alegato de apertura*, de corte más descriptivo y lleno de aspiraciones de las partes dependientes de los resultados probatorios del juicio oral, para que no se confunda con la argumentación propia de la alegación de cierre. A continuación, se procede a la presentación y práctica de pruebas (artículos 371, 372 y siguientes). En el caso particular de los testigos, primero serán examinados individual y separadamente los de la acusación y después los de la defensa, pero cada parte determinará el orden cuando presentare varios. El juez advertirá a cada testigo los derechos o privilegios que tiene, de acuerdo con la ley, lo juramentará y, a diferencia del sistema anglosajón, él -no la parte- le requerirá no solo sus nombres y apellidos sino los demás generales de ley (artículos 390 y 396).

Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio, comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas del interrogatorio cruzado (artículos 391 y 394).

7. Imparcialidad del juez en la actividad probatoria. En relación con los testigos, el Código de Procedimiento Penal prevé que, excepcionalmente, el juez podrá intervenir en los interrogatorios y contrainterrogatorios para conseguir que el declarante responda la pregunta que le han formulado o lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios por las partes, el juez y el Ministerio Público podrán

formular preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso (artículo 397). Esta fórmula, unida a la de que el juez no podrá decretar pruebas de oficio (artículo 361), nos parece sensata y acorde con el principio acusatorio, porque, por un lado, se conserva la regla de que son las partes las que individualizan los hechos por probar y establecen qué pruebas deben ser usadas; pero, por otra parte, como se entiende que el juez llega sin ninguna información al juicio, las partes son las que deben suministrársela por medio de las pruebas y, como también él debe llegar a una convicción más allá de duda razonable para emitir sentencia condenatoria (artículo 381), entonces resulta equilibrado que pueda hacer "interrogatorios complementarios", es decir, formular preguntas después de que la acusación y la defensa hayan agotado su oportunidad.

La imparcialidad del juez, como esencia de esa función jurisdicente en un Estado de Derecho, ha sido prevista en los instrumentos internacionales como derecho fundamental del ciudadano, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14-1) como en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8-1), de modo que resulta canon rector por obra del bloque de constitucionalidad (Const. Pol., art. 93). Cuando el juez decreta pruebas de oficio, indudablemente señala una tendencia, porque siempre favorecerá con su conducta el interés básico de cualquiera de los sujetos procesales enfrentados y, aunque en abstracto sólo le asistiera un interés objetivo, en el caso concreto y en la práctica, indefectiblemente, se traducirá en un interés subjetivo o propio.

Precisamente, la propia Constitución ordena que los fiscales, en el evento de presentar escrito de acusación, "deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado" (artículo 250, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. Se

subraya). Esta previsión indica que la Fiscalía no solo debe ser una autoridad objetiva en la actividad de recolección de elementos probatorios, sino que está perfilada como un órgano requirente para preservar la imparcialidad del juez, de modo que a éste el conocimiento de los hechos debe llegarle por medio del acusador y, obviamente, de la eventual actividad probatoria de los demás sujetos procesales.

Adicionalmente, dentro de la singularidad propia de nuestro sistema procesal penal, la posibilidad del error judicial trata de precaverse con la proyectada facultad al ministerio público para que, agotadas las solicitudes probatorias de las partes y cuando él tenga conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas, con esencial influencia en los resultados del juicio, entonces pueda solicitar su práctica (artículos 112 y 357, inciso final). Con este precepto, además, se trata de quitarle sustento a la postura de la intervención de oficio del juez en postulación de pruebas que han de utilizarse en el juicio. Obviamente, el juez también conserva la principal herramienta para evitar el error judicial, cual es la aplicación del *in dubio pro reo*, como la consecuencia más importante del principio de presunción de inocencia del imputado (artículo 7°).

De esta manera, con apoyo en la previsión constitucional transcrita, la prueba se diseña como una actividad transitiva de las partes al juez y no como una actitud reflexiva del funcionario, razón por la cual el Código de Procedimiento Penal señala que "las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe" (artículo 372. Se subraya). Así entonces, de acuerdo con esta concepción, probar significa vencer al juez, por medio de un acto completamente externo a él, en relación con la certeza de la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Sin embargo, debe advertirse con toda honestidad intelectual, que sobre el particular existe una posición contraria y bien interesante, fundada en el artículo 228 de la Constitución Política (prevalencia del derecho sustancial), por cuya interpretación se señala que como el fin del proceso penal es la actuación correcta de la ley penal y la búsqueda de la verdad material, además de que la pena estatal es de interés público, a esos objetivos no podría renunciar el juez, siempre y cuando esté provisto de ese interés objetivo y no de otro de carácter personal, aún al precio de comportarse como un interesado más en la decisión del caso y, en consecuencia, decretar pruebas de oficio para evitar la impunidad o el error judicial.

III. Elementos materiales probatorios, actos de investigación y pruebas

El Acto Legislativo 03 de 2002 marca una importante diferencia entre "*elementos materiales probatorios*" y "*pruebas*", pues en el numeral 3 del artículo 250 (tal como quedó modificado), dice que la Fiscalía General de la Nación deberá "asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción" (se destaca). En cambio, en el numeral 4° dice que corresponde a la Fiscalía "presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas contradictorias, concentrado y con todas las garantías" (se subraya). Y en el inciso final del mismo artículo, prevé que "en el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado" (se añade subrayado).

1. *Elemento material probatorio*. Nótese cómo cualquier medio, instrumento u objeto que sirva a la búsqueda de la verdad, como meta del proceso penal, antes de que entre en escena el "juez", se denomina "elemento

material probatorio" o simplemente "elemento probatorio" (tales como armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas o manchas y otros) y también pueden constituir "informaciones" (entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio). Así lo desarrolla el Código de Procedimiento Penal en el libro II, títulos I y II (particularmente el artículo 275 los enuncia).

Es importante aclarar que en el Proyecto de la Comisión Constitucional se previó la *declaración jurada* como un medio de obtener información durante la investigación, tanto por la defensa (artículo 282) como por la Fiscalía (294). En el texto final se conservó la facultad de la defensa para obtener declaración jurada (artículo 272), pero se suprimió la letra del artículo 294, en cuanto autorizaba a la Fiscalía para recibir declaración jurada al testigo de especial utilidad, descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito, declaración que podía recogerse por escrito, en cinta magnetofónica o en video, con el fin de que sirviera como medio para recordar al momento del testimonio ante el juez; refrescar la memoria del testigo en juicio posterior y darle al fiscal una noción de la calidad y grado de información con la que contaba. El artículo 294, fijado después como artículo 208 en el texto del Senado, fue eliminado en la Comisión de Conciliación de ambas Cámaras.

Sin embargo, el texto final del código conservó el artículo 347, cuyo tenor es el siguiente:

"Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

"La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que

adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

“Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

En conclusión, el artículo transcrito regula las “exposiciones” o “declaraciones juradas” recibidas durante la investigación, tanto a petición de la defensa como por actuación propia de la Fiscalía. Estas declaraciones juradas pueden usarse para impugnar la credibilidad del testigo, siempre y cuando sean leídas durante el contrainterrogatorio.

De igual manera, conforme con el artículo 403-4, como una señal adicional a la supervivencia jurídica de las declaraciones juradas ante el fiscal, la impugnación de la credibilidad del testimonio ante el juez, puede hacerse con base en manifestaciones anteriores del testigo, incluidas las que hizo a terceros, o en entrevistas, “exposiciones”, “declaraciones juradas” o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

Queda pendiente el debate sobre si las declaraciones juradas podrán usarse como prueba de referencia, conforme con los artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, porque, de todas maneras, el inciso final del artículo 347 prevé que la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes; pero, de acuerdo con las primeras normas citadas, se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir los elementos que constituyen el objeto del proceso (delito y responsabilidad), siempre y cuando concorra una de las cuatro (4) situaciones excepcionales del artículo 438 (si el declarante sufre pérdida de memoria,

grave enfermedad, muerte, secuestro o desaparición forzada).

2. *Prueba en sentido formal.* En cambio, las pruebas ya requieren la intervención del juez de conocimiento y de las partes, en el curso del juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada, cuyo debido proceso se cumple excepcionalmente ante el juez que ejerce la función de control de garantías y previamente al juicio oral. De modo que, de acuerdo con el *principio de intermediación*, sólo constituyen pruebas los elementos de convicción que se practican ante el juez de conocimiento, mediante la exposición oral, pública y contradictoria de las partes. Así lo propone el Código de Procedimiento Penal en el Libro III, título III y en el título IV, capítulo III, partes I, II, III, IV, V y VI.

3. *Diferencias entre ambos conceptos a partir de la intermediación.* En forma bastante esquemática, sólo a manera de ejemplo, puede decirse que un elemento material probatorio o informe (instrumentos, armas, huellas o informes de investigador) puede convertirse en prueba cuando sea presentado ante el juez de conocimiento, en el curso del juicio oral y público, siempre y cuando el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez y se someta al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes.

Para definir el *principio de intermediación*, el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, inserto dentro de la regulación del JUICIO ORAL, señala que “*el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*” (subrayado fuera de texto). Como quiera que el precepto se refiere al juez del juicio oral, nos parece que debió hacerse en este punto la salvedad de la *prueba anticipada* que se practica ante el juez que ejerce la función de control de garantías, figura de rango constitucional, pero ya se sabe que esa categoría excepcional tiene regulado su propio debido proceso. Con todo, la

excepción de la prueba anticipada si fue hecha en el artículo 16, cuando regula la *inmediación* como norma rectora y, por ende, ésta resulta obligatoria y prevalece en su aplicación (artículo 26).

Por otra parte, el artículo 379 dice que sólo se asumen como pruebas las "que hayan sido practicadas y controvertidas" en presencia del juez, pero obviamente los elementos materiales probatorios también son medios de conocimiento, al tenor del artículo 382.

Adicionalmente, a propósito del "*descubrimiento de los elementos materiales probatorios*" durante la audiencia de formulación de acusación, el artículo 346 del proyecto prevé sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de elementos e informes, y conmina que ellos "*no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada*" (subrayado). Es decir, *contrario sensu*, si los elementos materiales probatorios son descubiertos y exhibidos en su momento, podrán convertirse en prueba si se someten a controversia durante el juicio oral.

También el artículo 423 autoriza la presentación de evidencias demostrativas en el juicio oral, siempre que sean pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.

Debe aclararse que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas no se convierten en prueba por la sola presentación en el juicio oral y público. El fiscal los introduce en el acto por medio del testigo de acreditación correspondiente, esto es, a través del investigador, servidor público o particular que haya tenido que ver con su recolección, aseguramiento y custodia, quien será sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio. Así, realmente la prueba no sería el elemento material probatorio o evidencia física por sí solo, sino el

testimonio por medio del cual se introduce al debate oral y público (artículo 337-5.d). De ahí que, la relevancia del elemento material probatorio, puede llegar a definir el orden de los testigos.

Igual observación debe hacerse respecto de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recolectadas por la defensa, porque, de acuerdo con el artículo 273, la valoración de ellos se hará en atención a la legalidad, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe. Desde luego, el rigor de la cadena de custodia no puede estar al mismo nivel de la Fiscalía, pues a quien defiende al acusado simplemente le bastaría generar dudas con la presentación de elementos materiales probatorios serios, dado que no está obligado a demostrar la inocencia sino que ésta se presume y debe desvirtuarse por el acusador.

4. *Actos de investigación y pruebas.* Así pues, de acuerdo con la reforma constitucional y el Código de Procedimiento Penal, en el sistema probatorio colombiano son categorías discernibles los actos de investigación, los elementos materiales probatorios y las pruebas. Los actos de investigación son procedimientos reglados para descubrir y asegurar los objetos, huellas, documentos, armas y otros similares (denominados elementos materiales probatorios) e informaciones en la búsqueda de la verdad sobre el delito y los presuntos responsables. De modo que los elementos materiales probatorios e informaciones pueden ser el resultado de los actos de investigación, mientras que la prueba es el método legalmente diseñado para hacer afirmaciones probables, a partir de los elementos e informes regularmente evidenciados, y en verificar que tales asertos corresponden a la realidad de un hecho pasado. Así entonces, los actos de investigación y los elementos materiales probatorios se hallan en una relación de causa a efecto y sólo dan lugar a una descripción,

mientras que la prueba es un procedimiento sintético y prescriptivo, que tiene como antecedentes los actos de investigación y sus hallazgos (los elementos materiales probatorios o evidencias físicas).

Así, por ejemplo, son actos de investigación los allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, retención de correspondencia, inspección al lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevista (206), declaración jurada (347), interrogatorio al indiciado (282), recuperación de información dejada en internet u otros medios tecnológicos, vigilancia y seguimiento de personas o vigilancia de cosas, búsqueda selectiva en base de datos, entrega vigilada, agentes encubiertos, exámenes de ADN con el asentimiento del indiciado o imputado, todos los cuales no requieren autorización previa del juez que ejerce las funciones de control de garantías, pero sí una orden del fiscal en muchos casos y en otros control judicial posterior (artículos 213 a 245). Otros actos de investigación, como la inspección corporal, el registro corporal o la toma de muestras que involucren al imputado, si éste no da su consentimiento, requieren autorización judicial previa para su realización (artículos 246 a 250). También se consideran como actos de investigación los métodos de identificación, tales como el reconocimiento en fila de personas, el reconocimiento fotográfico o por medio de videos, el retrato hablado y retrato robot, identificación dactilar y otros (artículos 251 a 253).

En cambio, son elementos materiales probatorios los hallazgos producidos durante el desenvolvimiento de los actos de investigación, tales como armas, instrumentos, huellas, documentos, datos, identificaciones y otros similares, los cuales no siempre aparecen en el despliegue del acto de investigación que los busca.

Y son pruebas la testimonial, la pericial, la documental y la de inspección (artículos 382 y 383 a 436). Claro que la inspección, sustancialmente equivale a un acto de

investigación desplegado por el juez de conocimiento, porque aspira a averiguar elementos materiales probatorios u otra evidencia demostrativa, aunque formalmente se le considera prueba porque el juez procede por sí y ante sí.

Claro que el código sitúa una categoría adicional que son los medios cognoscitivos en la indagación e investigación, tales como los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información que surja del interrogatorio a indiciado y la prueba anticipada (Libro II, Título II, Capítulo Único, artículos 275 a 285). Pero los medios de conocimiento son el género que comprende las especies de la prueba, los elementos materiales probatorios, la evidencia física o "cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico" (artículo 382).

El profesor argentino SANTIAGO SENTÍS MELENDO expone diáfaramente la diferencia entre averiguación y verificación, que es la misma que existe entre acto de investigación y prueba, en los siguientes términos:

"Se verifica lo que antes se averiguó; pero la actividad de averiguación no es probatoria sino previa a esta etapa..."; "la prueba no consiste en averiguar, en saber, sino en acreditar que aquello que se sabe y, por tanto, se afirma, corresponde exactamente a la realidad..."; "... sólo cuando hemos averiguado podemos afirmar; y sólo lo que afirmamos puede constituir materia de prueba"³.

Existe pues una diferencia estructural entre acto de investigación y prueba; en el sentido de que la segunda supone la afirmación de hechos que hacen las partes y deben verificarse, mientras que los actos de investigación se orientan a obtener la información necesaria para que las partes puedan hacer las afirmaciones fácticas.

De igual manera, los actos de investigación se insertan en el procedimiento de

³ Citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, La mínima actividad probatoria en el proceso penal, pág. 84.

investigación, mientras que los actos de prueba se cumplen, por regla general, en el juicio oral y público. Así entonces, el acto de investigación apunta a la preparación del juicio oral, mientras que la prueba tiene por fin "llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos o circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe" (artículo 372).

Aunque la actividad de investigación no es probatoria propiamente dicha, tampoco puede desconocerse que sí hace parte del proceso de formación de la prueba, porque es precisamente la fase donde se recaudan y aseguran los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informes que tienen la vocación de convertirse en pruebas durante el juicio oral, además de que entretanto sirven para sustentar la formulación de imputación o la solicitud de una medida de aseguramiento.

5. *Entrevista, declaración jurada e interrogatorio.* En razón de esta dialéctica influencia entre elementos materiales probatorios y pruebas, debe aclararse que la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio son actos de investigación que no pueden confundirse. La entrevista, cuya técnica requiere conocimientos distintos a los meramente jurídicos, la realiza la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona ha sido víctima o testigo presencial de un delito o que tiene información valiosa para la indagación o investigación que se adelanta (artículo 206). También lo pueden hacer el imputado o su defensor (artículo 271). La declaración jurada, en cambio, se recibe al eventual testigo descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito, y la hace el fiscal; también el imputado o la defensa pueden lograr declaraciones juradas ante un alcalde municipal, inspector de policía o notario público respecto de hechos que puedan resultar útiles para la investigación (artículos 272 y 347). El interrogatorio a indiciado, en cambio, lo puede hacer el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, y se dirige a la persona sobre la cual se tenga motivos fundados, de acuer-

do con los medios cognoscitivos previstos en la ley, para inferir que es autora o partícipe de la conducta punible que se investiga (indiciado). El interrogador, en esta última eventualidad, deberá ponerle de presente al indiciado -sin hacerle imputación alguna- que tiene derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse ni a incriminar a sus parientes protegidos legalmente y, en caso de que renuncie a esos derechos y decida exponer, se le podrá interrogar en presencia de abogado (artículos 8 y 282).

Así entonces, la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas, pero sí pueden ser instrumentos auxiliares para depurar la prueba, porque, verbigracia, la entrevista asegurada por cualquier medio o la declaración jurada pueden servir para impugnar la credibilidad del testigo, en virtud de la naturaleza inverosímil o increíble de su declaración o las contradicciones en el contenido del testimonio, entre otros factores (artículos 347 y 403).

6. *Otra diferencia entre actos de investigación y actos de prueba.* De acuerdo con el principio de contradicción, las partes tienen el derecho a conocer y controvertir los medios de prueba y los elementos materiales probatorios presentados en el juicio o en el incidente de reparación integral, o a participar en su formación, así como los que se practiquen en forma anticipada por fuera de la audiencia de juicio oral (artículos 15 y 378). Este principio tiene cumplida vigencia en los actos de prueba, pero puede faltar en los actos de investigación por la reserva que en su mayor parte comportan estos momentos del procedimiento, con el fin de garantizar su eficacia (artículo 18). En razón de ello, el protagonismo de las partes también es diferente, porque, por ejemplo, en la prueba testimonial y pericial, las partes pueden hacer un interrogatorio cruzado ("cross examination") al testigo o al perito (artículos 391, 405 inciso 2° y 412), al paso que en los actos de investigación la coordinación y ejecución

corresponde exclusivamente a la Fiscalía y a la Policía judicial (artículo 200), lo cual significa que son más limitadas las facultades del imputado y su defensor durante la investigación, aunque puede entrevistar eventuales testigos, solicitar declaraciones ante alcalde, notario o inspector, buscar algunos elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares o de policía judicial, promover una prueba anticipada ante el juez de garantías y solicitarle a éste el control en actuaciones que hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales (artículos 267 a 272). La defensa o el imputado también tienen derecho a solicitar el auxilio y apoyo técnico científico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (artículo 204).

7. *Actos de investigación del imputado o defensor.* Es que si constitucionalmente la investigación de delitos es oficial y obligatoria, asignada exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, en equipo con la policía judicial que depende funcionalmente de ella, resultaría absurdo conceder abiertamente facultades de investigación al indiciado o al imputado o a su defensor; porque convertiría una potestad pública en actividad privada, como podría entenderse de una ligera interpretación de los artículos 267 y 268 del código. Imbuidos de una ligereza o aislamiento en la inteligencia de estas normas, uno se imaginaria a un imputado o defensor que, so pretexto de que necesitan ejercer la defensa, llegan a recoger información en una base de datos y, se sobreentiende, que a ello debería acceder el dueño u operador; o que, en un delito de contratación ilegal o de falsedad, ingresan a una oficina pública a recoger documentos que supuestamente son favorables al imputado; pero que, en el fondo y a la postre, lo que puede ocurrir es la desaparición de la evidencia física de la infracción.

Claramente dispone el artículo 250 de la Constitución Política (modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002), que la "Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y

realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo". Y en cuanto a la posición del imputado y la defensa respecto de esa obligación de la Fiscalía, el inciso final señala que, "en el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado" (se subraya).

Existe, entonces, el monopolio y la prelación del Estado en cuanto a la persecución penal y el ejercicio de actos de investigación. Así pues, dichos preceptos deben entenderse sin perjuicio de facultad de investigación oficial, de modo que, una vez la policía haya asegurado e inquirido la escena o inspeccionado el lugar del delito (en todo caso, después de que hayan investigado), el imputado o su defensor puedan recoger elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes favorables al primero, descubiertos o conocidos por ellos y que hayan sido inadvertidos por la Fiscalía, así como solicitar informes periciales para contrarrestar los que ya obtuvo el investigador y que, por riesgo de desaparición de huellas o evidencias, no puedan aplazarse para solicitarlo como peritaje en el juicio oral.

8. *Derechos de intervención del imputado o su defensor en la investigación.* Ahora bien, como generalmente el imputado y su defensor no tienen derecho a intervenir en las investigaciones que hace la Fiscalía y la policía judicial, resulta necesario prevenir los riesgos de un fallo erróneo, porque, a pesar de que las pruebas se practican en el juicio oral, todo puede quedar definido o manipulado anticipadamente desde la investigación reservada. Como dice ROXIN, "el procedimiento de investiga-

ción, que según el programa originario del legislador sólo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido entretanto, con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal. Pues los artículos 153, 153A y ss., en la mayoría de los casos, le dan al fiscal el poder de decidir sobre el destino futuro del procedimiento. Además, a menudo, cuando se llega al juicio oral, su resultado está delineado ya por los resultados de la investigación del procedimiento preliminar. Por ello, es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación"⁴ (se hace énfasis).

Esas previsiones de ROXIN, referidas a los derechos de participación del imputado y su defensor durante la investigación, afortunadamente de alguna manera quedaron satisfechas en el Código, porque, en primer lugar, se consagra la figura de la FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN, por medio de la cual el fiscal, en audiencia preliminar que se cumple ante el juez de control de garantías, le hace una imputación fáctica al indiciado, tan pronto los elementos probatorios e informes recolectados le indiquen racionalmente que el indiciado es autor o participe del delito que se investiga, sin necesidad de que la Fiscalía descubra sus elementos materiales probatorios, salvo los que requiera para una imposición simultánea de medida de aseguramiento (artículos 286 a 290). En segundo lugar, en casos de extrema necesidad y urgencia, con el fin de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, el imputado o el acusado o su defensor podrán solicitar la práctica anticipada de cualquier prueba (artículos 274 y 290).

9. Otra diferencia por el fundamento para tomar decisiones en el procedimiento. Una última distinción, ya específicamente entre elementos materiales probatorios y

pruebas, radica en el valor diverso para adoptar decisiones dentro del procedimiento penal. En efecto, los actos de investigación no son *per se* valorables probatoriamente, sino que lo serán los resultados obtenidos durante su despliegue (elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones). Así entonces, los elementos materiales probatorios e informaciones pueden facilitar una inferencia razonable de la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, es decir, constituyen indicios racionales (no meras sospechas o conjeturas) para formular imputación, solicitar medida de aseguramiento que garantice la comparecencia del imputado o para elaborar el escrito de acusación (artículos 287, 308 y 336). Para dictar sentencia, en cambio, el juez ha de basarse en pruebas y llegar al conocimiento cierto -no meramente probable-, más allá de duda razonable, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado (artículo 381).

10. Duda razonable. Ahora bien, la expresión DUDA RAZONABLE compagina más con la naturaleza probable de la verdad (en mayor o menor grado) que se obtiene en el proceso penal, en vez de aquellos lugares comunes en el lenguaje probatorio como "certeza inconfutable" o "certeza absoluta", porque la verdad que puede obtenerse en el proceso es una forma particular de verdad histórica, en la medida en que se refiere a la búsqueda de correspondencia entre lo reconstruido por un hecho presente que es la prueba y un hecho pasado que es el delito, por medio de métodos jurídicamente regulados. Lo más que podría obtenerse, si funciona satisfactoriamente la inferencia desde los elementos probatorios a los hechos probados, sería la máxima probabilidad que nos pone en un estado mental del "más allá de duda razonable", que es cuando puede dictarse sentencia condenatoria, porque los hechos pasados ya no pueden observarse directamente por el juez sino que él los reconstruye por vía de inferencia, como hechos probados, a partir de datos

⁴ ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, pág. 326.

probatorios y a través de máximas de la experiencia.

En este sentido avanzó la legislación procesal penal, porque la epistemología jurídica contemporánea prefiere la expresión "verdad probable" a la de "verdad objetiva"; sustituye la "demostración" (propia de las ciencias) por la "argumentación probatoria" y la "certeza" por la "razonabilidad".

Por ello, la expresión "*más allá de duda razonable*", traducción de la fórmula anglosajona "*beyond reasonable doubt*", significa que se ha trascendido la duda justificada razonablemente o que se ha superado una duda no arbitraria⁵; o, como dice ERNESTO CHIESA APONTE, cuando cita la Regla 10C de Evidencia del sistema de Puerto Rico: "*la prueba más allá de duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado...*"⁶.

Ocurre que, con base en una impecable disquisición filosófica del Senador CARLOS GAVIRIA DÍAZ, el Congreso suprimió el calificativo "razonable" que se agregaba al vocablo "duda" en el artículo 7º del Código, porque, ciertamente, desde ese punto de vista especulativo, podría resultar redundante la expresión. Sin embargo, jurídicamente la calificación "razonable" se ha ambientado como un límite a la arbitrariedad, pues ni la certeza ni la duda pueden edificarse con fundamento en la suposición o en conjeturas, sino que deben surgir a partir de un examen crítico-científico de la prueba existente o empíricamente verificable. Cuando el juzgador abandona la prueba recaudada en el proceso y se imagina otra inexistente o se basa en su pura subjetividad, con el fin de predicar certeza o duda, según el caso, el procedimiento resulta irracional y la duda emergente de él no sería razonable sino irrazonable y, por

ende, controlable por medio de los recursos.

IV. Algunas reflexiones sobre la prueba testimonial

En principio, el testigo sólo podrá declarar sobre los hechos y circunstancias que haya podido percibir de manera personal y directa, razón por la cual se hace indispensable su presencia y declaración en el juicio oral (artículo 402).

1. *Testigo de los hechos y testigo de acreditación.* Sin embargo, en el nuevo sistema procesal suele distinguirse entre testigo de los hechos y el testigo de acreditación, porque el primero únicamente podrá declarar sobre los aspectos y circunstancias que haya observado al momento de la comisión de la conducta punible o después sobre algo relacionado con ella, siempre y cuando tenga un conocimiento personal (artículo 402). El testigo de acreditación, en cambio, puede ser el investigador, perito o particular que, en el curso de la investigación, intervienen en el proceso de reconstrucción de la conducta delictiva; razón por la cual pueden ser citados como testigos a la audiencia de juicio oral (artículos 337-5, d, 399 y 412).

2. *Impugnación de testigos.* Es el procedimiento legalmente regulado para desacreditar al deponente o el testimonio que rinde, por medio de evidencias de impugnación. Cuando el testigo no percibió los hechos de manera personal y directa, ello puede ser objeto de impugnación (artículos 402 y 403). Las evidencias de impugnación pueden ser las manifestaciones a terceros, las entrevistas, las declaraciones juradas o exposiciones y los interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

3. *Otros conceptos.* De acuerdo con los artículos 391, 392 y 393 del Código, se denomina interrogatorio cruzado la dinámica según la cual, el testigo debe ser interrogado primero por la parte que haya ofrecido su testimonio y después por los

⁵ IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, *El caso marey*. Presunción de inocencia y votos particulares, pág. 43.

⁶ *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, vol. III, pág. 512.

demás sujetos procesales. El interrogatorio directo es el que le hace al testigo la parte que lo presenta y puede referirse a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. En este caso, no podrán formularse preguntas sugestivas, capciosas, confusas u ofensivas al testigo, ni de ningún modo puede sugerirse el sentido de las respuestas.

El contrainterrogatorio es el que formula una parte que no hizo el interrogatorio directo y, por lo general, debe circunscribirse a la materia de éste, con el fin de desacreditar al testigo o su declaración. En esta modalidad no existe una prohibición expresa de preguntas sugestivas, dada la naturaleza de las repreguntas, pues se orientan a refutar, en todo o en parte, las respuestas del testigo al interrogatorio directo.

Ahora bien, con el fin de rehabilitar al testigo o recobrar la credibilidad de su testimonio y con posterioridad al contrainterrogatorio, la parte que hizo el interrogatorio directo, puede formularle nuevas preguntas que se denominan interrogatorio redirecto.

Finalmente, el mismo testigo, después del redirecto, podrá ser nuevamente requerido por la otra parte, si considera necesario algunas aclaraciones sobre las respuestas al interrogatorio redirecto y sujeto a las mismas reglas de contrainterrogatorio. Éste se denomina recontrainterrogatorio.

4. *Oposiciones.* Si la parte que está en turno de interrogatorio, violare cualquiera de las reglas o prohibiciones dispuestas en el capítulo anterior, la otra parte o el Ministerio Público podrán oponerse u objetar la pregunta y, de inmediato, el juez decidirá si la oposición resulta fundada o infundada (artículo 395).

V. Prueba anticipada

Se entiende por prueba anticipada la que se practica antes de la audiencia de juicio oral, debido a la imposibilidad material de practicarla en este acto.

1. *La prueba anticipada tiene rango constitucional.* Ha de tenerse en cuenta que

la Constitución establece como regla el "juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías", de tal manera que, en principio, sólo pueden estimarse como pruebas las que se producen de manera concentrada y expuestas a la contradicción en el juicio oral y público (artículo 250-4). Mas, de acuerdo con el artículo 250-1 de la Constitución Política, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, deberá "solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas" (subrayado). Es decir, el fiscal solicitará al juez que ejerce la función de control de garantías no solo las capturas y las medidas de aseguramiento personal y real, sino también, dentro de la perspectiva de la nueva estructura, otras determinaciones que aseguren "la conservación de la prueba". No solo se asegura la formación de la prueba con la privación de la libertad del imputado o, por lo menos, con su segregación de la comunidad (inclusive éstas son medidas extremas), pues, si se quiere, una manera de hacerlo por excelencia, sería por medio de la prueba anticipada, cuando exista riesgo concreto e inminente de pérdida o alteración del medio probatorio o por motivos fundados y de extrema necesidad.

Por manera que, según lo visto, es la propia Constitución la que consagra la regla de la inmediación, pero también la excepción de la prueba anticipada.

Inclusive, esa facultad del fiscal de solicitar al juez que ejerce la función de control de garantías medidas para la conservación de la prueba, resulta distinta de la facultad directa de "asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia, mientras se ejerce su contradicción" (Const. Pol., art. 250-3). Así, por ejemplo, un documento como elemento material probatorio, en principio, debe ser

asegurado por la Fiscalía y el respectivo funcionario garantizará la cadena de custodia, hasta poder llevarlo para su presentación y debate en la audiencia de juicio oral (artículos 284-e, 383 y 456); pero, ante el riesgo inminente de pérdida o desaparición, resulta posible solicitar una prueba anticipada de inspección o un peritaje sobre el documento al juez que ejerce la función de control de garantías, con el fin de fijar por otro medio los datos indicativos que él suministra.

Ahora bien, si el aseguramiento de la prueba puede intentarse ante el juez que ejerce la función de control de garantías, de acuerdo con el canon constitucional, y éste es un juez que actúa básicamente como contralor de los actos de investigación (no como hacedor de los mismos) y en esa fase del proceso (no después), significa que en nuestro sistema procesal penal, con un buen sentido político criminal, constitucionalmente se introduce la posibilidad de la prueba anticipada durante la investigación, lo cual no obsta para que también se practique en el curso del juicio, en momentos anteriores a la audiencia principal de juicio oral, cuando las necesidades así lo exijan.

En efecto, el artículo 16 del proyecto, como norma rectora, prevé:

"Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada en forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías, o ante el juez de conocimiento, según el caso" (se subraya).

En la parte subrayada, se destaca la regulación de la prueba anticipada como excepción y, en la medida en que puede producirse ante el juez que ejerce la fun-

ción de control de legalidad, significa que se prevé esa posibilidad excepcional tanto en la investigación como en el juicio. Se olvidó suprimir en la norma rectora la referencia al "juez de conocimiento", pues en el curso de los debates en el Congreso, se acordó que la prueba anticipada bien de investigación o de juicio, siempre debería practicarse ante el juez de garantías, sensatamente para preservar la imparcialidad del juez de conocimiento.

Así entonces, la *prueba anticipada de investigación* es la que se produce durante esta etapa del procedimiento, en una audiencia preliminar, ante el juez que ejerce la función de control de garantías (artículos 153, 154-2 y 284). La *prueba anticipada de juicio* es la que se practica en la audiencia de formulación de acusación o en la audiencia preparatoria, en todo caso antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, pero igualmente ante el juez de garantías (artículo 284).

Otros sistemas o algunos teóricos sólo admiten la modalidad de la prueba anticipada de juicio, pero, una vez se expliquen ambas modalidades, se verá la necesidad político criminal de la prueba anticipada de investigación, aunque sin perder de vista que se trata de una situación muy excepcional, comprobada, pues se establece una salvedad a la regla de inmediación, en el sentido de que la prueba debe ser practicada en el curso del juicio oral y público, ante el mismo juez que dictará la sentencia.

A manera de apostilla, la norma rectora *prohíbe tajantemente la prueba por comisión*. Desde luego, ello armoniza con la posterior regulación del testigo impedido para concurrir a la audiencia de juicio oral, en el sentido de que, para esos efectos, ella se realizará en el lugar donde se encuentre el declarante, quien por ese hecho está obligado a permanecer en él, siempre y cuando no se encuentre disponible el sistema de audio video o cualquier otro método de reproducción a distancia (artículo 386). Los dispositivos técnicos de audio video o similares también podrán

utilizarse respecto de testigos o peritos que se hallen en el extranjero (artículo 486).

2. *Prueba anticipada de investigación.* De acuerdo con el artículo 284 del código, podrá anticiparse la práctica de cualquier acto de prueba pertinente durante la investigación, siempre y cuando concurren los cuatro (4) requisitos enunciados en el precepto. Se destaca, en primer lugar, que la práctica anticipada se refiere a "*cualquier medio de prueba pertinente*", es decir, no solo la prueba testimonial, sino también la pericial, la documental y la de inspección, cuando sean pertinentes (artículo 382). Sin embargo, no puede olvidarse que durante la investigación la Fiscalía y la policía judicial tienen facultades de inspección, diligencias de las cuales surgirán elementos materiales probatorios e informes que serán presentados al juicio oral, y entonces no sería necesario acudir a ellas como prueba anticipada, pues de tal manera se dificultaría enormemente la eficacia de la investigación (artículos 213, 215 y 247). De igual manera, también en la investigación, la Fiscalía y la policía judicial podrán ordenar o practicar exámenes de los cuales resultan informes periciales sujetos a debate en el juicio oral, pero que no constituyen prueba anticipada como para requerir la intervención del juez que ejerce la función de control de garantías con ese específico cometido, aunque puede intervenir previa o posteriormente para la garantía de los derechos fundamentales (artículos 209 y 210, entre otros).

Así entonces, puede ocurrir que una vez realizado el análisis de ADN o el examen psiquiátrico durante la investigación, y el perito sufra un accidente y se encuentre en peligro de muerte, caso en el cual podrá anticiparse la prueba pericial ante el juez que ejerce la función de control de garantías (artículo 412).

Por otra parte, la prueba anticipada de investigación debe practicarse oralmente en una audiencia preliminar pública, sujeta a las mismas reglas del juicio oral (defensa y contradicción), ante el juez que ejerce la

función de control de garantías, a petición del fiscal, la defensa, el imputado o el Ministerio Público.

Sin embargo, el requisito fundante y de mayor cuidado en la práctica, con el fin de no generalizar la anticipación de la prueba y para no frustrar el juicio oral, está señalado en el numeral 3 del artículo 284, pues sólo puede obedecer a "*motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio*". Claro que la extrema necesidad y el riesgo de pérdida o alteración no deben ser presupuestos concurrentes sino alternativos, porque, verbigracia, la declaración de la persona que se encuentra gravemente herida y que probablemente morirá, puede ser un motivo de extrema necesidad, pero no podría hablarse simultáneamente de riesgo de pérdida o alteración de un elemento probatorio que aún no existe.

3. *Prueba anticipada de juicio.* Es la que se practica en la audiencia de formulación de acusación o en la audiencia preparatoria, en fin, después del escrito de acusación y antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, y se produce también ante el juez de garantías. Esta modalidad se hallaba regulada, de manera separada, en el artículo 398 del proyecto y establecía motivos aparentemente diferentes a los de la prueba anticipada de investigación. Sin embargo, este último precepto fue suprimido y ambas clases de prueba anticipada (tanto de investigación como de juicio) quedaron reguladas en el artículo 284; pero, cuando se trata de prueba anticipada de juicio, no obstante que también se practica ante el juez de garantías, el peticionario deberá comunicar esa circunstancia al juez de conocimiento. Esta comunicación cumple el objetivo de que, como el control y dirección del juzgamiento corresponde al juez de conocimiento, él debe enterarse de esa práctica probatoria excepcional para que no se entienda que existe un paralelismo de jueces en el juicio (parágrafo 1°).

Sin embargo, la norma suprimida se refería a componentes como la previsibili-

dad racional de que al testigo le sobrevendrá la muerte o una incapacidad o tendrá una ausencia prolongada e inevitable u otra amenaza semejante para la integridad del juicio, todo lo cual puede comprenderse ahora dentro de la expresión: "motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio". Ha de entenderse que la prueba anticipada se justifica cuando el testigo tiene una "incapacidad" para hablar, porque la incapacidad para trasladarse al recinto de la audiencia debe paliarse a través de los recursos previstos en el artículo 386.

Las amenazas graves que se hacen al testigo o perito o a sus familias, en caso de declarar conforme con la verdad o de dictaminar de acuerdo con la realidad, también podrían considerarse como "motivo fundado y de extrema necesidad" para recaudar anticipadamente la prueba durante la investigación, porque puede ser que el testigo sea desaparecido y no pueda ser oído en las audiencias del juicio antes de la vista oral o aún en ésta. No obstante, tales peligros para la vida o la salud deben comprobarse cuidadosamente para evitar pretextos del testigo o perito.

En todo caso, el fiscal o cualquier peticionario deben ser muy previsivos y leales para solicitar la anticipación de prueba, porque ella se practicará sin perjuicio de que se repita en el juicio oral, si no han ocurrido o desaparecieron las circunstancias advertidas que en su momento la justificaron (artículo 284, parágrafo 3º y 337-5, b).

Por otra parte, resulta importante advertir que en el proyecto se preveía la restricción a la publicidad de la audiencia preliminar de prueba anticipada, con el fin de proteger los elementos materiales probatorios o los testigos o peritos, siempre que no se llegara a suprimir la contradicción de las partes ni a sacrificar totalmente la publicidad; pero, finalmente, la previsión fue abolida. Pues bien, como de todas maneras se trata de una audiencia preliminar, así sea para prueba anticipada, la

regulación debe sujetarse a la regla del artículo 155, según la cual el acto debe realizarse con la presencia del imputado o acusado o de su defensor y no será obligatoria la asistencia del Ministerio Público.

De igual manera, desapareció del texto final del código el artículo 399 del proyecto, según el cual la prueba anticipada debía aducirse al proceso a través de reproducción por los medios técnicos más idóneos y, si no fuere posible, mediante su lectura.

A pesar de la supresión, parece obvio que, por ser prueba, la anticipada debe presentarse al juicio oral por cualquiera de los medios antes indicados, porque, de otra manera, no podrían cumplirse cabalmente los principios de concentración, contradicción y valoración conjunta de la prueba (artículos 15, 17, 378 y 380). Adicionalmente, según lo indica el artículo 337, el documento anexo a la acusación -como expresión del descubrimiento probatorio-, debe reproducir las pruebas anticipadas (numeral 5, literal b) y, conforme con el artículo 374, toda prueba "deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria", lo cual indica que, en el caso de la anticipada, simplemente se ofrece en el juicio oral para agotar la contradicción, publicidad e inmediatez.

Finalmente, como mera cuestión de procedimiento, si la prueba anticipada que se solicita llegare a ser admitida por el juez de garantías, el auto que así lo ordena puede ser objeto de los recursos ordinarios (reposición y apelación), mientras que si se rechaza la solicitud la decisión no tolera recursos propiamente dichos, pero el interesado, de inmediato, podrá acudir a otro juez de garantías para que éste, en audiencia preliminar, reconsidere la medida y cualquiera que sea la determinación ya no será objeto de impugnación (artículos 284, parágrafo 2º y 56-13).

Así entonces, la parte final del parágrafo mencionado introduce otra forma de impugnación distinta de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación, denominada *reconsideración*. Otra forma

de *reconsideración* quedó prevista en el párrafo del artículo 143, respecto de la medida correccional impuesta por el juez. Igualmente, debe acotarse que la *impugnación* ya no solo abarca los ortodoxos recursos y la reconsideración, sino que en el nuevo sistema de juzgamiento se refiere también a una forma de controvertir la credibilidad del testigo o la verosimilitud de su declaración (artículos 347 y 403).

VI. Prueba de referencia

1. *Definición.* Tema complejo, a pesar de la elaboración de bastantes reglas en el sistema anglosajón.

El artículo 437 del Código trae la siguiente noción:

"Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio" (se ha subrayado).

La redacción del texto resulta bastante confusa, hasta el punto de que tiende a fundirse con el concepto de prueba anticipada. En efecto, ésta se denomina anticipada precisamente porque se cumple por fuera del juicio oral, cuando por circunstancias apremiantes no será posible practicarla en ese acto.

Lo primero que debe hacerse es despojar la definición de la individualización de todo lo que puede ser objeto de la prueba de referencia, pues se trata de los mismos cometidos de cualquier acto de prueba y del proceso.

En segundo lugar, debe entenderse el texto en el sentido de que se trata de la manifestación o declaración que hace una persona por fuera del juicio oral, verbal o escrita o por cualquier medio técnico, mas, como esa persona no puede ser habida para declarar directamente en el juicio oral

sobre lo que percibió u observó y fue materia de su aseveración anterior, será necesario llevar su expresión de voluntad al proceso por medio de otro elemento probatorio. También son admisibles como prueba de referencia las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Así, por ejemplo, en una reunión de amigos Diego le oyó decir a Roberto que él vio cuando Luis mató a Eugenio. En el proceso por homicidio en el que se juzga a Luis por la muerte de Eugenio, como no sea posible llevar al juicio oral el testimonio de Roberto, quien realmente fue el que percibió de manera directa los hechos constitutivos de homicidio, se citará entonces a Diego para que declare lo que le oyó decir a Roberto. A través del testimonio de Diego, éste no declara sobre el hecho de homicidio que haya observado directamente, sino en relación con una narración del episodio que le escuchó a otro, y así Roberto se convierte en un testigo de referencia.

De esta manera, el juicio fáctico "Luis mató a Eugenio", introducido por medio del testimonio de Diego, constituye una prueba de referencia.

Así entonces, con el fin de abarcar todas las hipótesis posibles de prueba de referencia, el concepto podría ser:

Se considera como prueba de referencia toda manifestación o declaración de una persona sobre un delito, sus circunstancias o sus presuntos responsables, hecha por fuera del juicio oral, y que es utilizada para probar esos objetos por medio de otro elemento probatorio que se presenta en el juicio oral. Igual valor tendrán las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

2. *Fragilidad de la prueba de referencia.* A partir del ejemplo anterior y las denotaciones de la prueba de referencia, ya se advierte su fragilidad, pues lo que realmente prueba el testimonio de Diego es que le oyó decir a Roberto que vio cuando Luis había matado a Eugenio, pero no

refiere directamente que Luis en verdad lo hizo, porque, no vaya a ser que Diego haya escuchado mal, o deliberadamente quiera trastornar la referencia de Roberto para involucrar a su enemigo Luis; o que el mismo Roberto se haya confundido en su observación o perniciosamente quiera distorsionarla para imputar a un inocente o liberarse él de la imputación. Si lo único que se prueba tranquilamente es la aseveración de Roberto, quedaría por probar que éste realmente vio cuando Luis mató a Eugenio, y si no hay duda de que él vio, quedaría pendiente otra inferencia, que Luis verdaderamente mató a Diego, si es que no existen falsificaciones o alteraciones en cuanto a la observación de Roberto.

Ésta es la razón por la cual, la admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional, sujeta a causas taxativamente expuestas en la ley y sólo puede servir de refuerzo a otra prueba más fiable, mas no como fundamento único de la sentencia (artículos 379, 381 y 438).

De acuerdo con el código, la prueba de referencia sólo es admisible cuando el testigo directo manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria y pudo comprobarse pericialmente esa afirmación; o cuando es víctima de un secuestro, desaparición forzada o conducta similar; o porque padece una grave enfermedad que le impide declarar; o cuando ha fallecido.

La prueba de referencia múltiple ofrece aún mayores dificultades, porque se trata de una evidencia que aparece después del tránsito de varias instancias de referencia. Así, por ejemplo, el testimonio de Gabriel que afirma cómo Alberto le habría dicho que Simón le dijo que José (el acusado) había cometido el hurto investigado. Existen entonces dos declarantes de referencia, Alberto y Simón, que no estarían en el juicio oral para el contrainterrogatorio.

El inciso 3º del artículo 398 del proyecto, en la regulación de la prueba anticipada, categóricamente declara que *"esta prueba no constituye prueba de referencia"*. En efecto, si existe una previsión racional de

que el testigo o perito va a morir podrá anticiparse la prueba testimonial o pericial, ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según el caso (prueba anticipada). Mas, si lo que ocurre es que el testigo o perito murieron, la muerte no pudo preverse racionalmente para anticipar la prueba y, obviamente, no pudieron acudir al juicio oral, podrá tomarse como prueba de referencia la declaración que el individuo haya rendido durante la investigación o el informe pericial que haya presentado el experto en la misma etapa.

Tampoco existe suficiente claridad en el código en relación con la forma cómo se debe aducir la prueba de referencia; pero, atendida su naturaleza jurídica, bien puede aplicarse la misma dinámica de la prueba anticipada y, en cualquier caso, se aplicarán en lo pertinente las reglas generales de la prueba y, en especial, las que atañen al testimonio y a la documental (artículos 431 y 441).

VII. Evidencia demostrativa

El código se refiere a la *"evidencia demostrativa"* en los artículos 423 y 435, entre otros.

La evidencia demostrativa se refiere a objetos materiales o personales que pueden percibirse. Se trata, pues, de personas, lugares, armas, libros, sustancias, mensajes de datos y, en fin, todos los elementos materiales probatorios enunciados en los artículos 256 y 275 del código.

La evidencia demostrativa suele dividirse en *evidencia real* y *evidencia ilustrativa*. La evidencia real es la persona o cosa misma que se presenta directamente (el arma con la cual se cometió el homicidio o las ropas de la víctima, artículo 275), mientras que la evidencia ilustrativa consiste en la reproducción de un elemento material probatorio que facilita su presentación en el juicio y la comprensión del juez (una fotografía del lugar, un video o un croquis, artículo 256, inciso 2º).

A propósito, el artículo 256 dice que los macroelementos materiales probatorios son objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares. Estos macroelementos, junto con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas encontrados en ellos, deberán ser examinados por peritos, grabados en su totalidad en videocinta o por medio de fotografía, y serán estas fotografías y videos la evidencia ilustrativa que sustituye los elementos físicos en el debate de juicio oral o en cualquier otro momento del proceso.

Existen otras categorías de evidencia demostrativa: la directa y la indirecta o circunstancial. En la evidencia demostrativa directa basta la percepción para dar por establecida una cualidad; en cambio en la indirecta la cualidad emerge de una inferencia. Por ejemplo, basta percibir el arma de fuego caliente, humeante y con fuerte olor a pólvora para concluir que fue recientemente disparada; pero, será necesaria una inferencia, a partir del dictamen de compatibilidad emitido por el balístico, para establecer que probablemente el imputado fue el autor del homicidio.

La evidencia demostrativa debe someterse a la legalidad, identificarse científicamente y ser auténtica, conforme con los artículos 276, 277 y 278 del código.

VIII. Debido proceso probatorio penal

Se harán algunas reflexiones sobre la admisibilidad de la prueba y las exclusiones probatorias, pues el artículo 29 de la Constitución Política prevé la nulidad de pleno derecho (inexistencia jurídica) respecto de actos de prueba en los que se viole el debido proceso dispuesto legalmente para cada medio. Aquí se ponen en juego postulados tan importantes como el que el Estado no puede valerse de su propia ilicitud para darle validez a ciertos actos o elementos probatorios en los que sus agentes violaron garantías fundamentales o las formas propias de cada prueba; así

como el de que será necesario buscar alternativas jurídicas para que, en contra de la eficacia del recurso penal, no vayan a desestimarse pruebas que no dependan necesariamente del acto irregular.

1. *Cláusula de exclusión.* El tema se denomina de diferentes maneras en las legislaciones, la doctrina o la jurisprudencia, pues algunos se refieren a las "prohibiciones probatorias" o la "prueba de valoración prohibida" o "prueba ilícita"; en cambio otros prefieren el de "exclusiones probatorias" o "cláusula de exclusión" o "prueba ilegal". Estas últimas son las que utiliza el nuevo Código de Procedimiento Penal en los artículos 23 (norma rectora de la materia), 359 y 369.

Precisamente, en una sentencia de unificación de tutela que resulta paradigmática en esta materia (SU-159/02), la Corte Constitucional advirtió que el artículo 29 inciso 4° de la Carta Fundamental consagra la "regla de exclusión". Éste es un claro problema de política pública porque, cuando se violan garantías fundamentales o formalidades legales esenciales de cada medio probatorio, el constituyente prefiere sacrificar el fin del derecho probatorio, cual es la búsqueda de la verdad, para que los agentes del Estado entiendan que ésta no puede obtenerse a cualquier precio (efecto docente o ejemplarizante) y que él no podrá valerse de lo que por su propia ley se declara ilícito (fundamento ético)⁷. De este modo, una prueba puede ser pertinente (por su marcada relación con los hechos investigados), pero inadmisibles si viola el debido proceso.

Después de enjundiosas discusiones sobre el tema, la "regla de exclusión" quedó regulada, como norma rectora, en el artículo 23 en los siguientes términos:

"Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho,

⁷ JULIO B. MAIER, *Derecho procesal penal*, Tomo I, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2ª ed., 1996, págs. 700 y 701.

por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

"Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia".

Como se ve, el inciso 1° de la norma prevé la exclusión de la prueba principal o primaria obtenida con violación de las garantías fundamentales, entre las que se incluye, obviamente, el debido proceso, la defensa, la contradicción, la presunción de inocencia, el derecho a la integridad, la dignidad humana, entre otros. El inciso 2° consagra la exclusión de la prueba derivada, directa o indirectamente de la prueba primaria, siempre y cuando sólo puedan explicarse en razón de su existencia. Todo ello para acoger entonces la famosa doctrina anglosajona de los "frutos del árbol envenenado" (*fruit of the poisonous tree*), según la cual no solo debe excluirse la prueba primaria sino también la derivada por ser frutos igualmente envenenados.

De este modo, no bastaría con excluir el registro y allanamiento ilegal, como acto de investigación, sino que, en principio, también quedarían por fuera de la pretensión probatoria el arma de fuego (elemento material probatorio) con la que supuestamente se cometió el homicidio. De igual manera, no sería suficiente la declaración de ilegalidad respecto de una interceptación telefónica hecha sin orden del fiscal, sino que también deben excluirse los contenidos de las conversaciones captadas por este medio ilícito.

En efecto, la expresión "o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia", revela una relación de necesidad entre el acto de investigación ilegal y los elementos materiales o pruebas derivadas de él.

En este orden de ideas, el mismo legislador definió expresamente los casos en que considera que no existe esa relación de necesidad entre el acto inicial ilícito y los medios o los elementos probatorios derivados, precisamente porque estos pueden

explicarse en razón de otra causa diversa de la primaria. Así lo prevé en el artículo 455 del código:

"Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley" (se hace énfasis).

Se explicará la norma:

2. *Fuente independiente.* Se entiende que existe una fuente independiente cuando se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal distinto que concurre en el caso, aunque aparentemente proviene del acto primario ilícito. En esta modalidad, el tratadista argentino JULIO B. MAIER recomienda el método de la supresión mental hipotética⁸, según el cual se hace un ejercicio mental para prescindir del acto viciado y se verifica hipotéticamente si, hecha la abstracción, racionalmente se hubiera llegado al acto derivado regular.

Así, por ejemplo, los investigadores poseen información seria de que en una residencia se conservan armas de uso privativo de las fuerzas armadas, solicitan y obtienen la orden del fiscal para registrar y allanar con ese exclusivo propósito; pero, por alguna circunstancia inesperada, no hallan las armas, sin embargo de lo cual se encuentran con un laboratorio de cocaína o un secuestrado y sus captores. En este caso, no obstante que la orden no iba dirigida a estos últimos objetivos, los resultados probatorios derivados perviven, ante la supresión mental hipotética de la orden y su finalidad, porque ellos pueden explicarse por la alternativa constitucional y legal de la flagrancia, evento éste que no requeriría orden previa del fiscal.

Claro que el mismo autor previene en relación con el método recomendado; con el fin de que se haga uso de la prudencia y

⁸ Ob. cit., págs. 701 y 702.

las reglas de experiencia, porque obviamente se basa en una predicción racional y no en algo que empíricamente ocurrió como se supone, razón por la cual aconseja que, en todo caso, la duda favorece al imputado (*in dubio pro reo*) y no a la prueba.

3. *Vínculo atenuado*. Ocurre el vínculo atenuado cuando la relación entre el acto primario ilegal y el fruto probatorio se desvanece, de tal manera que la desvalorización ya no funcionaría como efecto disuasivo propio de la regla de exclusión. Así, por ejemplo, en una interceptación ilegal se determina que un servidor público exige dinero a un usuario para adoptar una decisión, caso en el cual no podría valorarse como elemento probatorio ni prueba posterior la grabación magnetofónica. Sin embargo, en un interrogatorio posterior, de manera libre y asistido por abogado, el indiciado decide aceptar el hecho. Aunque sin la interceptación ilegal la policía no se hubiese enterado de la concusión, lo cierto es que al momento del interrogatorio ya no existe la presión y el vínculo con el acto irregular ha empalidecido y por ello pueden valorarse probatoriamente esas aceptaciones posteriores del imputado.

4. *Descubrimiento inevitable*. Es otra de las salvedades decantada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (*inevitable discovery*), según la cual un elemento material probatorio o evidencia física logrado por medios ilegales, podría ser admitido, controvertido y valorado en juicio, si se determina que, en el caso concreto, también por medios legales inexorablemente habría sido descubierto. CHIESA APONTE⁹ trae el caso de la policía que obtiene información del indiciado sobre el paradero del cadáver de la víctima, sin que aquél estuviera asistido por defensor, pero que de todas maneras iba a ser descubierto, porque más de doscientos hombres estaban en una búsqueda metódicamente programada del cuerpo, la

cual incluía el lugar "confesado" por el imputado. Así entonces, sin el apresuramiento de la policía, de todas maneras el cadáver habría sido descubierto en las inspecciones regularmente programadas.

Otro caso de esta modalidad nos ofrece MAIER¹⁰, cuando expone que en un registro y allanamiento regularmente dispuesto, la policía, en la sala, coacciona al imputado para que diga dónde se encuentra el arma buscada, él confiesa y el instrumento se hallaba visible sobre la mesa de luz de la alcoba del imputado, de tal manera que, sin mayores esfuerzos y sin necesidad de las presiones indebidas, los investigadores habrían hallado el arma en el curso regular de la diligencia. En este caso, típico de descubrimiento inevitable, no solo puede usarse como elemento material probatorio el arma de fuego incautada, sino también el certificado expedido sobre el lugar de compra de la misma y el dictamen de balística que indica cómo los proyectiles recuperados en el cuerpo de la víctima fueron disparados con esa arma.

5. *Otros criterios establecidos en la ley*. Además de los tres criterios explícitamente nominados en el artículo, la ley establece otras salvedades, por ejemplo, en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal. Así entonces, no se requiere orden escrita de la Fiscalía para el registro y allanamiento cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor; o cuando no existe una expectativa razonable de intimidad; o se trate de situaciones de emergencia, tales como incendio, explosión, inundación y otros eventos similares; o en el registro incidental a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado.

Por otra parte, aunque parece que el legislador estableció otra excepción en el artículo 232, por cuanto previó que, en el evento de un registro y allanamiento inválido, sólo se excluirán los elementos materiales probatorios y evidencia física "que dependan directa y exclusivamente del

⁹ Ob. cit., Volumen I, p. 321.

¹⁰ Ob. cit., p. 703.

registro", lo cierto es que ese precepto se comporta más como una contrariedad a la norma rectora del artículo 23, que no prevé la "dependencia directa y exclusiva" sino la mera consecuencia del acto excluido y, por el contrario, le fue suprimida esa exigencia en el curso legislativo para que pudieran cuestionarse los productos probatorios tanto directos como indirectos. En todo caso, si los resultados probatorios del registro y allanamiento ilegal pueden explicarse por una causa diferente, señalada en la ley (fuente independiente, vínculo atenuado, descubrimiento inevitable u otra excepción legal), se les podrá conceder valor.

Por fuera de estos criterios, que no son más que excepciones a la regla de exclusión probatoria, fundadas en la necesidad política de equilibrar la eficacia de la acción penal y las garantías, no puede el intérprete determinar otras.

De modo que no pueden considerarse adicionalmente excepciones conocidas en el sistema anglosajón, tales como el registro de buena fe, a cuyo tenor valdrían los elementos materiales probatorios obtenidos en un registro en el cual la policía judicial actuó convencida razonablemente de que la Fiscalía había expedido regularmente la respectiva orden. Esta excepción, con más veras debe desestimarse en el sistema colombiano, porque ella estuvo en juego durante las discusiones y finalmente fue eliminada, porque, según sus detractores, no estaría lejano el pretexto de que cada vez que se divisara la irregularidad en la diligencia, ella se excusara en la alegada buena fe. Por otra parte, el error o la ignorancia del servidor policial pueden servir para disculparlo, pero poco o nada dice sobre la garantía de inviolabilidad domiciliar que de todas maneras fue conculcada.

El tema de la legalidad de la prueba es complejo y la discusión doctrinaria y jurisprudencia bastante razonable, razón por la cual prometemos continuar su desarrollo en publicaciones posteriores.

En todo caso, también debe destacarse la doctrina inserta en la sentencia C-1092 de 2003, por cuyo medio se declaró inexecutable la expresión "al efecto de determinar su validez", incorporada irregularmente en el texto final del numeral 2 del artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, de modo que, como se había previsto en la primera vuelta, el juez de garantías hará un control posterior no solo formal sino también material de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y de sus resultados probatorios.

Así entonces, "... se observa que el control a cargo de los jueces se configuró de manera amplia e integral y tendría por objeto el examen de las razones que motivaron el adelantamiento de la diligencia, su pertinencia y, en especial, la verificación sobre el respeto de los derechos fundamentales..."

Esto revela el propósito definido, desde el punto de vista constitucional, de singularizar al juez de control de garantías como un tercero imparcial, con el fin de buscar el equilibrio entre la actividad investigativa de la Fiscalía y los derechos humanos.

IX. Apunte final

La justificación y los objetivos de este trabajo emergen meridianamente de su contenido y están a la vista, pues, a partir del 1° de enero de 2005, deberá comenzar a operar el nuevo sistema acusatorio en Bogotá y otras regiones del país. Así entonces, como sin pruebas no podría dinamizarse un juicio oral, y mucho menos puede ser actor del sistema quien no sepa ofrecerlas, producirlas o valorarlas, la justificación y los objetivos de este trabajo son un hecho notorio, pues en su desarrollo siempre hemos pensado en la angustia del investigador, el fiscal, el procurador, el imputado, el defensor y, obviamente, también en el juez que, sin duda, ya se estarán preguntando cómo será su primer juicio oral.

De igual manera, sólo una afinada, técnica y respetuosa investigación, por medio

de la cual se recauden los elementos materiales probatorios, como preformación y esbozo jurídico de la prueba, podrá impulsar a que el imputado o acusado haga su personal examen de responsabilidad y decida participar en las decisiones que lo afectan, conforme con el artículo 2° de la Constitución Política, para entender que su mejor defensa podría estar en un preacuerdo o negociación con la Fiscalía, porque obtiene una significativa rebaja que humaniza la pena y, de esa manera, se propicia más fácilmente el restablecimiento del orden conturbado y la reparación integral

de los perjuicios a la víctima, porque el sentenciado acepta libremente la condena.

Por último, hice uso de una metodología que enfoca la interpretación del sistema procesal penal, en primer lugar, desde el diseño constitucional, matizado después por las observaciones de importantes expositores del tema, el desarrollo legislativo respetuoso de la jerarquía constitucional, la argumentación por distintos medios, sin olvidar que debía descender a la presentación de casos o ejemplos.

REFORMA PROCESAL PENAL

¿EL MODELO DE JUSTICIA QUE AMBICIONAMOS?

Dra. Angela María Buitrago Ruiz¹

SUMARIO: Introducción. I. Reforma Constitucional. Acto Legislativo 03 de 2002. II. Normas constitucionales. III. Análisis de la estructura de la reforma procesal penal. IV. Formas de "administrar justicia" en el proceso penal.

Introducción

Con un agradecimiento especial a la Dra. DIANA RAMÍREZ, quien me extendió la invitación para participar en este evento, presento una ponencia que tiende a observar de manera crítica algunos elementos que incorpora la reforma, con una pequeña introducción sobre la estructura del proceso.

Nuestra ambición, que surge de un romántico ideal de que verdaderamente se cuente con una administración de justicia racional, apropiada y justa, nos hace en algunas ocasiones mirar las reformas dentro de una prevención natural, pero, en esta reforma en particular hemos elevado nuestra voz, ante una serie de elementos que pueden trastocar todo un sistema de valores y logros en relación con los derechos humanos sobre todo.

Con mayor objetividad, porque no negamos que las aproximaciones iniciales se hacen con apasionamiento, intentaremos realizar una aproximación al proceso que quedó aprobado por el Senado, estando *ad portas* de la sanción presidencial.

I- Reforma Constitucional. Acto Legislativo 03 de 2002

Artículo 1°. El artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para preferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en

¹ Docente de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

Excepcionalmente La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, (al solo efecto de determinar su validez)².

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de

custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contem-

² Sentencia de la Corte Constitucional C-1092, noviembre 19 de 2003 M.P. Álvaro Tafúr Galvis. En donde se entiende por la Corte que el control debe ser material.

pladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Artículo 3°. El artículo 251 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Artículo 4°. *Transitorio*. Confórmase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común

acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Artículo 5°. *Vigencia*. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en

plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4° transitorio, velará por su cumplimiento.

Una vez se encuentra el acto legislativo en firme, ocurre otra modificación a través del Acto Legislativo 02 de 2003, en donde se establece en el artículo 250 de la Constitución que "para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública... se conformarán fuerzas especiales de policía judicial con miembros de las Fuerzas Militares..."

II. Normas constitucionales

Nuestra Carta Política de 1991 reconoce una serie de derechos fundamentales que buscan obtener y garantizar:

- a. La dignidad humana;
- b. La legalidad;
- c. La presunción de inocencia; el debido proceso; el principio de igualdad.
- d. El derecho de defensa.
- e. La justicia restaurativa.
- f. La primacía del derecho sustancial.
- g. El principio de exclusión probatoria por violación al debido proceso.

"Al incluir la condición de Estado Social, (sostiene la Corte Constitucional) generó una variación importante en el concepto de Estado que se transforma en la "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos... Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización del derecho sino también y de manera

especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales."³

En decisiones de la Corte Constitucional se ha destacado: "Como corolario del principio de efectividad, elemento esencial del Estado Social de Derecho, el artículo 228 de la Constitución que dispone "que en las decisiones judiciales prevalecerá el derecho sustancial. No existe más derecho sustancial que el consagrado en la propia Constitución cuando se ocupa de definir los diferentes derechos. Esa disposición debe interpretarse como una de las más preciosas garantías de la protección de los derechos y brinda la prueba inconcusa de su pleno valor normativo"⁴.

"Es claro que en el artículo 29 el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquélla previamente definida en la ley... El principio de reserva legal, implica en el Estado democrático de derecho, que él único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal."⁵

³ Corte Constitucional, sentencia T-406, junio 5 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-006, mayo 12 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-739/00. M.P. Fabio Morón Díaz.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

"6Cuando se examina la legalidad material, el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida... Las anteriores referencias jurisprudenciales en torno de las características del control jurisdiccional sobre las diligencias ordenadas por la Fiscalía General de la Nación en la etapa de instrucción en las que se comprometen derechos fundamentales de los individuos..."

La "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NO admite excepción. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o

máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado"⁷.

La presunción de inocencia está reconocida en convenios internacionales.

III. Análisis de la reforma presentada

El proyecto presentado ante el Congreso responde a antecedentes⁸ (simplemente según sus promotores) concretos⁹ de ambiciones que refulgen en el acto legislativo de 1979¹⁰; en el Decreto 181 de 1981 y en el Decreto 2700 de 1991.

⁷ Corte Constitucional C-774/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Corporación excelencia para la justicia. "Reforma a la Justicia Constitucional", Bogotá, Colombia septiembre 2002.

⁹ JAIME ENRIQUE GRANADOS. Instituto Colombiano de Derecho Procesal XXIV Congreso de Derecho procesal colombiano (ICDP) septiembre 12 de 2002 Salón Bogotá Centro de Convenciones. Transcripción de intervención oral.

¹⁰ "El Acto Legislativo 1 de 1979 introdujo modificaciones al Código Procesal Penal y consagró el sistema acusatorio, creando la Fiscalía General de la Nación como entidad perteneciente al Ministerio Público y a la que

⁶ Corte Constitucional C-1092 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Cfr. C-018/96. C-526/96. C-016/04.

La pretensión de los miembros de la comisión preparatoria, fue la de "acompañar las normas constitucionales con los tratados internacionales", con el convencimiento de que la justicia penal se encuentra colapsada.

Aceptaron que la solución para el sistema judicial es la implantación del sistema acusatorio, lo que conllevaba a comprender que existían normas constitucionales que rompían abiertamente las características de este sistema, razón por la cual se propuso una reforma de algunos artículos constitucionales.

El aspecto que resultó fundamental para la reforma, y que fue objeto de dura crítica, consistió en que en Colombia hasta hoy se maneja un esquema procesal que permite que el Fiscal pueda imponer medidas cautelares, reales y personales, lo que conforme a los autorizados conceptos de organizaciones internacionales y de Tratados internacionales niega la imparcialidad y contradice abiertamente un principio y derecho fundamental de cualquier vinculado.

adscribieron funciones para hacer la investigación de los delitos, asegurar la comparecencia de los presuntos responsables en el proceso y promover su juzgamiento ante las autoridades judiciales. Para hacer operante la reforma constitucional, fue necesario elaborar un estatuto procedimental en el que se reemplaza el sistema inquisitivo que se viene aplicando, realizando un nuevo procedimiento teniendo en cuenta una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento... El nuevo código maneja dos grandes etapas, la primera, describe las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación y a la potestad discrecional de esta entidad frente al proceso penal; la segunda precisa las funciones de los organismos de la Rama Jurisdiccional una vez se ha formulado la acusación por parte de la Fiscalía o cuando ésta solicita al juez la preclusión del proceso mediante pronunciamiento de lo que se denomina auto de conclusión en los casos en que el hecho no ha existido... (juzgamiento artículos 377 a 488)."

Por esta razón se incorpora a la norma constitucional un juez de garantías que deberá tomar las decisiones cuando se afecten los derechos fundamentales y tendrá como funciones aprobar o negar las peticiones de la Fiscalía respecto de las medidas a tomar en contra de la persona y de sus bienes. Deberá entonces, este juez de garantías actuar en dos momentos uno previo y otro posterior (en casos excepcionales) en forma obligatoria y automática, es una actuación por lo tanto inmediata y no rogada.

Si el Fiscal considera que existen razones suficientes para detener a alguien, requiere contar con la decisión del juez de garantías quien imparcialmente analizará y decidirá, garantizando entonces que ese funcionario actuará neutralmente, pero además de la imparcialidad se considera importante el aspecto de la intermediación como forma de garantizar la celeridad procesal.

Existen unas excepciones que fueron introducidas en la reforma, considerando que persiste la facultad al fiscal "por capacidad y eficacia investigativa", de proferir decisiones que limiten los derechos de los coasociados investigados o vinculados a una investigación, sin embargo se impone un término perentorio de 36 horas en las cuales el juez de garantías debe proferir su decisión y podrá confirmar o infirmar la decisión del investigador. Quizás se considera que esta inclusión imposibilitará actuaciones arbitrarias por parte del investigador.

El fiscal frente a los bienes del procesado (por regla general) podrá en algunos casos incautar, pero no se permite que afecte con medidas los bienes, es decir, se mantiene en cabeza del juez de garantías la decisión de afectación con medidas cautelares reales.

Existen conforme a la reforma introducida por el Acto legislativo 03 de 2002, y por mandato constitucional:

- a. Acción pública;
- b. Monopolio de la acusación en cabeza del Fiscal y sus delegados;

c. Principio de legalidad e implementación del "principio de oportunidad reglado"; "entre más se oriente el derecho penal material a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad habrá menos margen para un procedimiento penal de carácter oportunista".¹¹

Muchas de las legislaciones latinoamericanas que hemos observado han establecido el principio de oportunidad¹² en forma reglada, aspecto que es importante y que en Colombia también según la reforma deberá ser así.

d. Designación de jurados.

e. Separación de funciones de investigación y juzgamiento:

- La de investigación ejercida por el Fiscal y sus delegados con intervención del juez de garantías;

- La del juzgamiento ejercida por el juez del conocimiento.

f. Posibilidad de acordar y negociar la sentencia.

Las dos etapas están integradas por funcionarios judiciales, puesto que la Fiscalía sigue perteneciendo a la rama judicial. Se establecen claramente dos categorías de jueces: Juez de garantías: Quien decidirá sobre la libertad del investigado, sobre las medidas cautelares reales y sobre el principio de oportunidad y; el juez de conocimiento. Qué deberá adelantar el juicio para decidir sobre la responsabilidad del enjuiciado y, sobre las preclusiones de investigación.

Conforme al proyecto inicial se mantiene esta división.

Con respecto al control sobre el principio de oportunidad, era y es claro que éste debía ser automático y material. Sin embargo, se incorporó a la redacción que se debatió aún en Cámara que era de manera rogada (a petición del ministerio público y/o de la víctima).

Objeto de duras críticas fue variado en el Senado y en el debate final se consideró en el artículo 327 que el "juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con ésta se extinga la acción penal.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en el que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión..."

Esta redacción, que mejora en algo la inconstitucionalidad advertida desde un comienzo, deja sin control las otras formas de aplicación del control de legalidad del principio de oportunidad, lo cual nos mantiene en la convicción de una preexistencia de inconstitucionalidad respecto del artículo 250 de la Constitución Nacional.

Tal y como se puede observar se estableció por el acto legislativo un sistema que involucra desde el comienzo de la investigación un control de legalidad sobre las decisiones que excepcionalmente pueda tomar la fiscalía frente a medidas cautelares, con el establecimiento de una regla general "es el juez de garantías" el que va a disponer sobre las medidas restrictivas en primera instancia y actuará en la mayoría de los eventos con un control previo, aunque excepcionalmente vigilará las decisiones con un control posterior no mayor de 36 horas.

El juez de garantías vigilará cabalmente el cumplimiento del debido proceso, y tomará decisiones imparcialmente. Esta figura en mi modesto entender, trata de garantizar y controlar las decisiones cautelares, cumpliendo lo que el mandato constitucional prevé, en cuanto que las libertades sólo podrán ser restringidas por orden judicial. En palabras del procurador Maya "corresponde ponderar en cada actuación la del legítimo interés estatal en llevar adelante la persecución penal de manera

¹¹ *Op. cit.*

¹² Código procesal penal de Alemania, Argentina, Honduras, Chile.

eficaz, frente a los intereses del ciudadano quien goza de las garantías constitucionales establecidas a su favor y que en principio no pueden ser afectados por la simple existencia de una imputación en su contra, pues, el contexto de su actuación se basa en el hecho de que las garantías constitucionales, tienen la mayor de las amplitudes y por ende las restricciones que se les impongan, deben ser producto de un debate judicial que le corresponde solventar a este funcionario... el juez de garantías sopesa las justificaciones de la Fiscalía que pueden invocarse legítimamente para imponer una medida frente al sentido constitucional de la libertad del imputado, entendiendo que la carga de la petición y su prueba le corresponde al órgano acusador"¹³.

Es entonces evidente que el juez de garantías "es un garante" de la legalidad, de la situación de la persona que es sujeto pasivo de la acción penal. Así lo señaló la Corte Constitucional en reciente sentencia¹⁴, pero además, es un aspecto neurálgico de cualquier estado de Derecho sometido realmente a una aplicación de un derecho formal y materialmente válido.

g. Juicio oral, público y contradictorio. Tal y como sostiene SENDRA "por proceso público cabe entender aquel procedimiento en el que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física no solo de las partes, sino de la sociedad en general"¹⁵.

Es entonces, un derecho del procesado un juicio público que en estricto sentido debe referirse a una publicidad absoluta e inmediata.

La oralidad como presupuesto esencial admite pocas excepciones. Debe entenderse como la necesidad de que el debate tenga la finalidad de escuchar, practicar y recuperar la prueba de viva voz para obtener inmediación y celeridad.

La contradicción debe ser concebida como la posibilidad de argumentar y contra argumentar sobre la prueba, fundamentos y pretensiones de las partes.

En esencia se requiere "la interdependencia de todas las reglas que rigen la publicidad de los actos de debate".

Presencia de todos los sujetos procesales.

Inmediación, concentración y continuidad.

Prueba practicada en el debate.

Y fallo conforme a lo debatido en audiencia.

En el proyecto de reforma del Código Procesal Penal el juicio inicia con la acusación presentada ante el juez competente por parte del Fiscal. Es de resaltar que este acto extrañamente, no tiene según nuestra reforma ninguna clase de control judicial.

h. Víctima. El acto legislativo incorpora una serie de elementos para garantizar el principio de justicia restaurativa y la protección a la víctima.

Desde las normas rectoras del proyecto se garantiza el acceso de las víctimas a la administración de justicia. A su vez, se dispone en el capítulo IV, que la víctima será la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La víctima posee derechos "por los perjuicios causados"¹⁶ y disponibilidad de formular una pretensión indemnizatoria "por conducto del fiscal" este aspecto al parecer también fue variado en el artículo 137 pues se dispone la intervención de las víctimas en "garantía de sus derechos a la verdad,

¹³ Conferencia del Dr. Maya. Procurador General de la Nación 10 de octubre de 2002. Universidad Externado de Colombia.

¹⁴ Corte Constitucional C-1092 de 2003. M.P. Álvaro Tafúr Galvis.

¹⁵ GIMENO SENDRA, VICENTE; MORENO CATENA VÍCTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ VALENTÍN. *Derecho procesal penal*, editorial Colex 1996, Madrid España, p. 99.

¹⁶ Artículo 133 del proyecto aprobado en la Cámara de Representantes.

justicia y reparación" o de manera directa en el incidente de reparación integral¹⁷ el cual fue variado en el proyecto final puesto que tal y como había sido aprobado en Cámara no tenía ningún sentido¹⁸. En el actual articulado quedó establecida la procedencia y el ejercicio cuando se haya "emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los 8 días siguientes".

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

En la audiencia de formulación de acusación se determinará la calidad de víctima¹⁹ (en la etapa del juicio), se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. Y conforme al artículo 132 del proyecto le asiste el derecho de promover el incidente de reparación integral posterior a la sentencia condenatoria del juez.

La víctima igualmente tendrá el derecho a ser "oída" frente a la aplicación del principio de oportunidad, pero su posición no es vinculante para el funcionario que resuelve sobre la aplicación de este principio.

i. Funciones de la Fiscalía en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en el proyecto.

Le "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo".

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección²⁰ coordinación, control jurídico y verificación técnica científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código".

La acción penal sigue siendo pública y ejercida por el órgano acusador.

Normativamente encontramos en el proyecto procedimientos de investigación como es el de vigilancia y seguimiento de personas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos y entrega vigilada en manos del Fiscal, lo que nos repulsa desde ya.

Exámenes de ADN también quedan permitidos con orden del Fiscal, lo lógico es que estuvieran sometidos a orden del juez de garantías.

Corresponde entonces a la Fiscalía:

- Estructurar la hipótesis de la investigación.
- Asegurar la comparecencia de los imputados.
- Asegurar los elementos probatorios y Conservar la cadena de custodia hasta que se ejerza la contradicción
- Solicitar las medidas cautelares ante el juez de garantías.
- Presentar ante el Juez competente la acusación. Defender la acusación en la etapa de juicio.
- Solicitar ante el juez de conocimiento el restablecimiento del derecho.

¹⁷ Artículo 101 del Proyecto aprobado por Senado y Cámara.

¹⁸ Nota: En anterior escrito se criticaba lo regulado por el proyecto como condición necesaria que "en firme la decisión de primera instancia o proferida la de segundo grado que declare la responsabilidad penal y, previa solicitud de la víctima, o en su defecto el fiscal, o del Ministerio Público, el juez fallador abrirá el incidente de reparación integral de los daños causados" "si la reparación es únicamente económica podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos..."; pues en esencia se desamparaba a la víctima.

¹⁹ Art. 379 del proyecto inicial hoy 340 del aprobado por Senado y Cámara.

²⁰ Nota: Esta adición fue introducida en el texto aprobado en Cámara.

- Principio objetivo de investigación.

- Velar por la protección de las víctimas y de los intervinientes del proceso.

j. Policía Judicial. De acuerdo con el mandato normativo del proyecto, policía judicial será "una función" y no un cuerpo ya que si observamos en el artículo 200: "Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal, y en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados"²¹

Ejercerán funciones permanentes de policía judicial²² la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República; las autoridades de tránsito; las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control; los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario; los alcaldes y los inspectores de policía²³.

"La Policía Judicial. Los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial²⁴ actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el vicefiscal, los fiscales delegados en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el procesamiento.

²¹ Nota: Debemos señalar que este inciso fue adicionado en el debate de la Cámara pues no aparecía en el proyecto presentado el 20 de julio de 2003.

²² Artículo 196 del texto del proyecto aprobado en Cámara. Ley 001 de 2003.

²³ Nota: Estos dos numerales fueron adicionados en el debate de la Cámara, pues no aparecían en el proyecto original presentado al Congreso el 20 de julio de 2003.

²⁴ A través del Acto Legislativo 02 de 2003, se facultó al Ejército como cuerpo de policía judicial para casos de terrorismo.

Se establece en el artículo 205 del texto aprobado que: la "Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes de investigación, tales como inspección en el lugar del hecho, levantamiento de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán y embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o grabación fonográfica, las entrevistas e interrogatorios, y se someterán a cadena de custodia.

Quando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, éste será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar dentro de las treinta y seis horas (36) siguientes un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control"²⁵

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control."

El tema de allanamientos se ha establecido en términos generales con orden de la Fiscalía, pero se han determinado unas excepciones a este deber.

Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento.

²⁵ Nota: A este inciso le fue adicionado en la Cámara el término y la finalidad.

Excepcionalmente²⁶ podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, en los siguientes casos:

1. Cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

2. Cuando no exista una expectativa razonable de intimidación que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

3. Cuando se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.

4. Cuando se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado.

Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidación prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.

Este aspecto lo mencionábamos en una intervención en la Universidad Externado de Colombia y nos causaba un sin sabor que no ha desaparecido. Una previsión como la que tiene el parágrafo de esta norma no es aceptable. En países avanzados en donde los medios electrónicos han avanzado tanto, se ha cuestionado este método de realizar investigaciones y ha

prosperado el derecho a la intimidad como fundamento de esta oposición, en Colombia, por el contrario se abre la compuerta a ignominiosos procedimientos que pueden conllevar a la renuncia de la garantía fundamental en aras de "una investigación a cualquier costo". Es cierto que la macro delincuencia genera zozobra, pero eso no justifica desconocer los resultados de nuestras investigaciones y las injusticias que se han cometido recientemente, a pesar de estar en plena vigencia la protección al derecho a la intimidad, pueden aumentarse con anuencia del Estado.

k. Defensa. La garantía del derecho de defensa que constitucionalmente en Colombia está dada desde la investigación (previa o formal según la Corte Constitucional), se ha considerado por el proyecto en el art. 8 de una manera muy singular: "en desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal en lo que aplica a..." Y a su vez el art. 126 prevé que "el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero. A partir de la acusación adquirirá la condición de acusado".

Se cuestionó antes y, se sigue criticando una antinomia absoluta entre la previsión constitucional y la norma del proyecto. La respuesta a esta percepción ha sido absuelta en términos de "nuevos conceptos". Se sostiene que se debe entender de manera diferente el derecho de defensa, pues realmente la actividad, sólo podrá ser desarrollada dentro del nuevo esquema en el juicio porque en la etapa inicial no existen realmente pruebas.

La verdad es que esa respuesta no nos puede satisfacer, porque la poca importancia que le dan algunos, a la evidencia o material probatorio que se recoge en estas etapas, sirve para imputar, asegurar y llevar a juicio. Entonces, eso que han de-

²⁶ Artículo 230 del Proyecto aprobado por Senado y Cámara.

nominado como "no prueba" si sirve para que el Estado demuestre su poder ante el investigado. Pero más aún, si observamos sistemáticamente la reforma sustancial se han incrementado ostensiblemente las penas de muchos de los comportamientos punibles. Esto nos lleva a concluir, que las medidas podrán ser proferidas por los jueces y hasta allí no hay "defensa" posible pues, no hemos practicado prueba.

El derecho de defensa debe ser material y no formal. No podemos implantar esquemas que parten de supuestos diversos porque si se mira en Estados Unidos y Puerto Rico (modelos acogidos), la mayoría de delitos tienen derecho a fianza y por lo tanto a pesar de que se afecta un derecho el "económico", es menos grave que afectar un derecho personal como la "libertad".

Insistimos hace dos años y seguimos convencidos que no puede entenderse tan cínicamente.

I. Determinación de etapas dentro del nuevo concepto constitucional del proceso.

Tanto la etapa preprocesal como procesal será oral de acuerdo con el proyecto aprobado en el art. 145.

Definitivamente la preprocesal es secreta.

Para una mejor comprensión trataremos de hacer una división esquemática así:

1. Etapa del Fiscal. Investigación, comparecencia de los presuntos responsables, recuperación, aseguramiento del material probatorio; evaluación de aplicación del principio de oportunidad o propuesta de preacuerdos; conservación de la cadena de custodia. Práctica de pruebas anticipadas.

En la etapa del juicio debe presentar la teoría del caso, solicitar pruebas y defender la acusación.

2. Etapa del Juez del conocimiento. Mediación Concentración y Oralidad. Realizar el debate y fallar.

Desde que se señaló la posible estructura del proceso penal se mencionaba en investigación la existencia de dos etapas; una secreta y otra en donde se le daba a

conocer al imputado la investigación pero sólo después de la formulación de la imputación para los que no fueran capturados en flagrancia, situación que se mantiene.

IV. Formas de "administrar justicia" en el proceso penal

Conforme al texto analizado y, sometido a los debates en el Congreso, podemos concluir que aunque la pretensión fue armonizar una reforma para implementar un sistema acusatorio, en esencia lo que estamos presenciando es una admisión absoluta por parte del Estado a su incapacidad de controlar el conflicto, y una renuncia absoluta del Estado a administrar justicia.

Se considera que este sistema va a permitir (como en Estados Unidos) que sólo un 20% vaya a juicio y el 80% restante se "solucione" a través de otros mecanismos, y digo se solucione porque los mecanismos previstos llevan precisamente a que "no se solucione" sino que se renuncie bien total (oportunidad) o parcialmente (preacuerdos) a investigar y sancionar o absolver a los sujetos por los delitos cometidos o atribuidos.

Por un lado, a pesar de que se estructura este código como un proyecto articulado y con la finalidad (presunta) de cumplir un objetivo -administrar justicia-, encontramos que está invadido por mecanismos "llamados principios" que primero resquebrajan nuestro fundamento constitucional del principio de legalidad, pero que, además van a llevar a crisis profundas en la credibilidad del Estado. Nos referimos a las famosas cláusulas del principio de oportunidad y a los preacuerdos o negociaciones que nos hacen pensar en una gran parodia de la justicia.

Si creemos firmemente en la obligación del Estado de administrar justicia, de despojar el conflicto al individuo y asumir el control y resolución del mismo, tenemos que decir que Colombia no va a poder producir resultados en este tópico, puesto que se faculta al Fiscal para renunciar,

suspender, terminar la acción cuando precisamente el derecho sustancial le dice que debe actuar; pero además se está convirtiendo en un mercader como ha sucedido en los países americanos para mostrar que no es tan ineficaz el Estado.

Se está permitiendo y acudiendo a una total farsa. La pregunta sería ¿cuál justicia?

En la mayoría de los casos, en delitos que por su naturaleza no pueden ser considerados como menores o pequeñas faltas, se está excepcionando el principio de legalidad y facultando a una inactividad del Estado con fundamento en él, puesto que se puede aplicar a delitos que por naturaleza no son nimios y son aquellos que tengan previstas penas superiores a 6 años.

Vale la pena decir que aún en el primer límite (menos de 6 años) escogido finalmente por el legislador nos cuestiona, pero el segundo si que hace incomprensible la finalidad del legislador penal²⁷.

En resumen y dentro de los marcos más optimistas, situémonos en los preacuerdos²⁸ en donde de una u otra manera

²⁷ Artículo 324. Parágrafo 2. La aplicación del principio de oportunidad respecto de los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de 6 años será preferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado que se designe para tal efecto*.

²⁸ Artículo 401. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a acuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Artículo 348. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a

preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Artículo 349. La improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo hasta tanto se reintegre, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación la fiscalía y el imputado podrán llegar a un acuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado dé uno relacionado de pena menor a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Artículo 351. Modalidades. La aceptación de la imputación determinada en la audiencia de formalización de la investigación, comporta una rebaja de la mitad de la pena imponible; acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre la naturaleza del hecho imputado y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable al imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los

se llega a una decisión condenatoria. Pero ¿sobre qué? Sobre lo que quiere el delincuente, o en algunos eventos sobre lo que considera el fiscal.

Dos situaciones bien diferenciadas en este tópico debemos mencionar. Una cosa es que se haya hecho una investigación en donde se halle demostrado qué realizó el sujeto y, otra, es que se quede a disposición de lo que quiera "confesar" el posible delincuente;

La segunda situación real es que ante intereses particulares y/o políticos se ceda a la acción penal sin saber tampoco qué pasó realmente y si lo inicial fue lo definitivo o existe en el fondo algo más grave que dejamos de lado.

Finalmente y ante un panorama de esta naturaleza nos invade el desconsuelo para

quienes creemos en que el Estado tiene la sagrada misión de administrar justicia; que el abogado debe encontrar los medios para demostrar que su cliente es inocente; y que finalmente como en las obras más clásicas "se va hacer justicia".

Estamos renunciando al deber ser, con una visión "política y económica" muy importante, pero no fundamental.

Estamos renunciando a ver al hombre como el vértice del Estado y lo estamos convirtiendo en una estadística.

"la resolución del juego de estas necesidades opuestas, es justamente lo que torna delicada la solución... Por un lado la investigación debe ser eficiente y, por el otro, en aras de esa eficiencia, no se puede avasallar la seguridad individual"²⁹

consignados en la formalización de la investigación, los acuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los acuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los acuerdos entre fiscales e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Artículo 352. Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación presentada la acusación y hasta en momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal, el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el numeral anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá a una tercera parte.

Artículo 353. Aceptación total o parcial de los cargos. El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Artículo 354. Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalcerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia.

Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este código.

²⁹ Código Modelo para Iberoamérica.

PROCESO, PRUEBA Y VERDAD

Dr. Jesús Emilio Múnera Villegas¹

SUMARIO: 1. Presentación y justificación del tema. 2. ¿Cuál debe ser la finalidad del proceso jurisdiccional? 3. ¿Cuál es la verdad que se puede obtener en el proceso? 4. La carga de la prueba y la prueba de oficio. 5. ¿Es posible una teoría general y unitaria de la prueba? 6. Conclusiones

1. Presentación y justificación del tema

Uno de los problemas que inquietan y han dado lugar a muy diferentes posiciones en el orden doctrinal, y que implican posturas políticas del legislador con respecto al proceso y a la función del mismo, es la relación entre PROCESO, PRUEBA Y VERDAD. No existe una posición uniforme, ni tampoco es pacífica la discusión, sobre *cuál es la función del proceso jurisdiccional en el orden social y jurídico; cuál es la función y el fin de la prueba en este proceso; y si la verdad es un objetivo del proceso*. Pero, además, con independencia de que sea su objetivo central o accesorio, *si es posible hallarla en el proceso, a través de los elementos de prueba judicial que se utilizan en el proceso jurisdiccional*.

La situación toma una importancia mayor en las épocas actuales a medida que se consolida en todo el orbe la conformación de Estados bajo regímenes democráticos de derecho, en los que constituye una exigencia inexcusable de la decisión judicial, su justificación, que no debe ser tan solo en lo jurídico sustantivo, sino también en la racionalidad y aceptabilidad de los argumentos para la formación del convencimiento judicial sobre la verdad de los hechos que se declaran fijados en el proceso, y que constituyen el supuesto fáctico de la decisión.

Un espacio como éste no permite desarrollar el complicado tema; sin embargo sí existe la clara intención de presentar un bosquejo que genere inquietud por el estudio del asunto, y que convoque a la reflexión y examen del tema de la prueba judicial, más allá de los parámetros puramente formales de las teorías jurídicas del proceso. *Es tiempo de comenzar a pensar en la prueba como una entidad independiente del proceso, que no corresponde naturalmente a su estructura, sino que se utiliza en él, según las visiones o concepciones del proceso que tenga cada legislador en su momento histórico, lo que determina que se tenga un proceso más o menos acorde con su propósito constitucional*. Como afirma el genial MICHELE TARUFFO en su obra "LA PRUEBA DE LOS HECHOS", "El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos. No se quiere decir con esto que el análisis jurídico de la prueba carezca de sentido, sino que éste puede tener un significado no marginal sólo en la medida en que sea integrado en un análisis adecuado de los aspectos extra-jurídicos del problema de la determinación del hecho."²

2. ¿Cuál debe ser la finalidad del proceso jurisdiccional?

Algunos juristas de inconmensurable renombre, como CARNELUTTI, sostienen que

¹ Juez Séptimo Civil del Circuito de Medellín. Presidente Capítulo Antioquia del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

² TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, 1ª edición, 2002, pág. 23, traducción de JORDI FERRER BELTRÁN.

la función del proceso es la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses; el proceso es "un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer". (Itálicas y subrayas fuera del texto).³

GIUSEPPE CHIOVENDA, concibe la función del proceso, como un instrumento idóneo para desplegar una actividad de los órganos estatales, apuntando al ejercicio de una función estatal; *función que se concreta en la actuación de la ley, para garantizar y hacer efectivas las normas reguladoras de las relaciones entre los particulares, y entre los mismos y el Estado, para mantener la paz social*. Esa finalidad de actuar la ley, es calificada de objetiva por ser general e impersonal, y porque no atiende tan solo a los intereses particulares.

El gran jurista UGO ROCCO, partiendo del concepto de que la actividad jurisdiccional es actividad del Estado, condicionada y delimitada por la intervención de las partes, sostiene que parece debido considerar la preponderancia y absorberencia de la finalidad pública del Estado, revelada en el proceso. *Esa finalidad se concreta en la actuación objetiva de la ley, en tanto y en cuanto el Estado tiene un interés propio, suyo, en la realización de los intereses tutelados por las normas jurídicas, "es decir, los derechos subjetivos, y aún más, a declarar la certeza de la existencia de ellos"*, (Itálicas fuera del texto) para lo cual

puede utilizar toda su fuerza propia de la soberanía, si fuese necesario para imponerse⁴.

Para JAIME GUASP "El proceso no es, pues, en definitiva, más que un *instrumento de satisfacción de pretensiones*".⁵ Y explica: "Pero esta fórmula, en los dos elementos fundamentales que comprende: el de satisfacción y el de pretensión, debe entenderse en sentido rigurosamente jurídico y no psicológico. *La satisfacción en sentido jurídico supone no dar la razón siempre al reclamante, sino recoger, examinar y decidir por el poder público sobre su queja, actuándola o denegando su actuación, según parezca o no fundada*. La explicación del concepto del proceso propuesta supone la determinación de los sujetos, el objeto y los actos que intervienen en esta satisfacción de pretensiones, que se ha considerado como verdadera función procesal".⁶ (Itálicas y negrillas fuera del texto).

Y, DANTE BARRIOS DE ANGELIS, afirma: "*En cuanto fin, el proceso, como la práctica totalidad de las instituciones jurídicas, tiende a lograr la satisfacción; es decir, el cumplimiento de las virtualidades que contiene el derecho, la aproximación de la vida real a lo que para la misma vida prometen las normas jurídicas*".⁷ (Itálicas extra texto).

Sea, como fuere, bien que se asuma la finalidad esencial del proceso tan solo como la simple solución de conflictos intersubjetivos de intereses, o como la satisfacción de pretensiones, o como actuación concreta de la ley, en todo caso, a fe cierta, se puede advertir un común denominador en esas posturas doctrinarias, en relación con el contenido de la finalidad del proceso. Ese común denominador es maravillosamente presentado por el profesor BARRIOS

⁴ *Ibid.*

⁵ GUASP DELGADO, JAIME. *La Pretensión Procesal*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1985, pág. 44.

⁶ *Ibid.*

⁷ BARRIOS DE ANGELIS, DANTE. *Op. cit.*, pág. 115.

³ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del Proceso Civil*, Traducción de la 5ª edición Santiago Santis Melendo, V. I. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires 1959. págs. 21 y 22.

DE ANGELIS al decir que es "el cumplimiento de las virtualidades que contiene el derecho, la aproximación de la vida real a lo que para la misma vida prometen las normas jurídicas."⁸ Y es de gran trascendencia porque, así, entonces, la finalidad del proceso no puede ser entendida, ni concebida, tan solo como un instrumento que dicta lo que será el derecho de los intervinientes en el proceso hacia el futuro, y eventualmente vinculante para terceros, desprovisto de toda preocupación por el fundamento mismo de la decisión mediante la cual se dispensa ese "derecho".

Es que si, como afirma CARNELUTTI, el proceso tiene como finalidad la regulación del conflicto de intereses de modo que consiga realmente la paz; y, por tanto, se requiere que dicha regulación sea justa y cierta; entonces el contenido de la decisión -generalmente plasmada mediante sentencia- tendrá que ser conforme a derecho, entendiendo por tal, ajustada cabalmente al ordenamiento jurídico en su plenitud, y no con amañadas mutilaciones o presuntas especializaciones. De tal modo que la decisión tiene que presentarse con toda solidez en sus fundamentos tanto normativos como fácticos; es decir, en lo que constituye su contenido jurídico previsto en la norma como promesa del ordenamiento jurídico para el caso de que se materialice una determinada hipótesis prevista en esa norma; pero debe tener igualmente un claro y sólido fundamento material o fáctico en punto de la demostración de la hipótesis planteada. En términos de MICHELLE, "...el proceso no solo pretende producir decisiones, sino también decisiones justas. ...pienso que una decisión sólo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso (además de derivar de un proceso correcto). Por tanto, el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino com-

prender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de la decisión".⁹ De tal manera que no basta sólo con producir una decisión rica en disquisiciones de orden jurídico sustantivo abstracto, ni siquiera concentrado en el caso particular, sino que se requiere del adecuado y serio examen de las pruebas en el asunto *sub iudice*. Es preciso que la decisión guarde perfecta correspondencia con el caso juzgado, de tal manera que de verdad sea ejercida la jurisdicción dictando el derecho conforme a derecho, para lo cual debe ajustarse a la ley -en su sentido más amplio posible- con pretensión de justicia, como que ha sido ésta la razón fundamental, esencial y última del derecho, hasta el punto que al ejercicio mismo de la jurisdicción se le llama universalmente, y no por mera casualidad, *administración de justicia*. Y, en casos como el nuestro, tal es la promesa y la carga estatal consagrada en el artículo 2° de nuestra maltratada Constitución Política de 1991, cuando literalmente dispone: "Art. 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, ...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; ... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

¿Cómo lograr la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo? Puede afirmarse que la convivencia pacífica resulta de la consolidación de un orden justo; pues, cuando la comunidad siente que se han respetado sus valores, principios, derechos y facultades, no hay motivos de insatisfacción en sus integrantes ni en el cuerpo social; es decir, se vive la idea de un orden justo. ¿Y cuál es el orden justo? Esto conlleva, necesariamente, a examinar el concepto de justicia.

Desde tiempos muy remotos el hombre siempre ha reflexionado inquisitivamente sobre lo que constituye el contenido de la justicia. En otros términos, la pregunta

⁸ Op. cit., pág. 115.

⁹ Op. cit., pág. 525.

siempre ha sido: ¿Qué es la justicia? Mucha y muy variada es la literatura que se ha creado al respecto, pero no existe acuerdo sobre la definición o la elaboración de un concepto universal de justicia. Sin embargo, pensando en las reflexiones hechas por connotados estudiosos del tema, y con advertencia que no se avisa ningún horizonte que anuncie acuerdo próximo al respecto, si ahora se formulara la pregunta para este tema, respondería: *La justicia es un sentimiento generalizado en un determinado grupo social, en un tiempo y espacio históricos también determinados, de que las condiciones que permiten vivir de modo armónico, tranquilo y equilibrado, según han sido experimentadas por esa comunidad; y que, por lo mismo han identificado como generadoras de ese estado de satisfacción, que consideran equilibrado.* En otro giro: *será justo aquello que concuerde con los parámetros establecidos y valorados por esa comunidad en un espacio y tiempo determinado, como generador o mantenedor del estado de cosas que consideran satisfactorio y equilibrado.* Esto permitiría comprender por qué, lo que para una comunidad -como la norteamericana- resulta justo, para otra -como la afgana o la árabe- no es. Y esto se traslada también a los ámbitos locales, especialmente cuando se ubica el problema en países o, mejor aún, comunidades políticamente organizadas bajo el esquema y forma de un determinado Estado -sea tan solo de derecho, bien sea democrático de derecho, ya, como dicen también, social y democrático de derecho- pero cuyas raíces ancestrales, idiosincrásicas, culturales y sociológicas tienen evidentes diferencias, que a veces resultan francamente irreconciliables.

Entonces aparecen diferentes conceptos de justicia en una misma comunidad regida por un ordenamiento jurídico único. Aquí, pues, entra en juego el problema de la hermenéutica jurídica en su máxima pureza; pero, con mayor énfasis, en lo que se refiere a la *justicia* de la decisión, en su fundamento sustantivo legal; esto es, en la lectura y vivificación de la norma sustantiva

que rige tal caso, y cómo deben ser atendidos o determinados sus efectos en el caso concreto.

Pero también el problema de la *justicia* de la decisión es percibida por el ciudadano, desde la otra instancia, desde aquél otro soporte de la sentencia: el de su correspondencia y coherencia con el supuesto fáctico tenido en cuenta para decidir. Esto implica comprender no solo el exacto entorno y la precisa dimensión del asunto debatido en su entidad enjuiciada, sino también la correspondencia que deberá existir entre los hechos fijados en el proceso -el supuesto fáctico de la consecuencia jurídica derivada, según lo previsto en la norma, que ha sido alegado y "fijado" en el proceso- con el fenómeno material extra-procesal que fue llevado a juicio: ese elemento episódico generador del proceso judicial.

Ahora bien, si la función del ejercicio de la jurisdicción, a través del proceso judicial -que se patentiza en el acto final con el cual termina, o sea con la sentencia- es dictar el derecho -en cualquiera de sus tres modalidades: *dar, decir o adjudicar el derecho*-, entonces resulta preciso reconocer que la decisión, forzosamente, tiene que ser armónica y coherente con el episodio juzgado en ella, y con la normatividad que regula el caso enjuiciado. Esto es que, si una mutación fenoménica de la realidad social cotidiana, existió el ejercicio de la jurisdicción; su decisión -a través del proceso- tiene que ser aplicable de modo razonablemente coherente y acorde con esa realidad episódica de donde surgió la exigencia de aquella decisión. Pero, conforme con lo prometido por el ordenamiento jurídico para el evento de materializarse la hipótesis prevista en la norma, como se reiteró en acápite anterior.

Lo anterior, entonces, tiene que llevar a pensar en lo advertido por el profesor uruguayo, a modo de síntesis, que ya presentó también, cuando se refiere a la función del proceso: *"el cumplimiento de las virtualidades que contiene el derecho, la aproxima-*

ción de la vida real a lo que para la misma vida prometen las normas jurídicas." Esto implica que la decisión realmente debe regular el fenómeno extra procesal que se llevó al proceso, a partir de su conocimiento cierto y serio por parte del juzgador, para poder derivar, de modo razonablemente aceptable, la decisión que se le ha reclamado como consagrada por la norma jurídica. Y sólo hay acierto en la decisión, cuando la derivación de tal efecto jurídico encuentra su apoyo en el conocimiento de la realidad que se ha invocado como presupuesto de la tutela jurídica pedida. Una decisión diferente, será muy jurídica, será lógicamente perfecta, pero socialmente inaceptable, ilegítima, sin fundamento material; de modo que no es apta para producir satisfacción social; para generar ese sentimiento generalizado de restablecimiento del *statu quo ante*, o sea la recomposición del orden psicológico y social quebrado por una conducta, un hecho, una circunstancia u objeto que rompió el orden de lo prometido como deber ser, por el ordenamiento jurídico. Eso, pues, genera desazón social, insatisfacción por ver afectado el orden socialmente justo; y, el efecto final que se obtendrá será el de rompimiento de la paz social. En otros términos, una sentencia que se pronuncia por un juez que no ha podido averiguar satisfactoriamente la realidad juzgada, será factor de inestabilidad social, de desazón para la comunidad, y de deslegitimación de la jurisdicción, de la institucionalidad, del ordenamiento jurídico. Y, al final, estimulará la violencia por el creciente deseo de justicia que se intentará por mano propia.

De manera, entonces, que la decisión contenida en la sentencia, comporta el examen de varios problemas. 1. ¿Se debe conformar con la simple y sola constatación de los hechos alegados por las partes en el juicio? 2. ¿Podrá extenderse la decisión a otros asuntos que forman parte integral de la unidad episódica que se ha sometido por las partes al proceso, pero no fueron ale-

gados por las partes? 3. ¿El juez deberá siempre decidir sin atender al establecimiento de la verdad, pero siempre sometido solamente a la prueba que se produjo por actividad e iniciativa de las partes, con lo cual debe considerarse como establecida la verdad procesal?

Este asunto nos impulsa de nuevo a trasuntar aquí una impresionante reflexión que hace al respecto el profesor MICHELLE TARUFFO cuando afirma:

"Entre el problema de la prueba y de la justificación de la decisión en la motivación de la sentencia existen vinculaciones muy estrechas. Por un lado, en efecto, conviene advertir que la decisión sobre los hechos de la causa es, a menudo (mucho más de cuanto se piensa habitualmente) el verdadero núcleo esencial de la solución de la controversia. Esto es así no solo desde el punto de vista práctico (los abogados expertos saben bien que muchos casos se ganan o se pierden "en los hechos", tanto en materia civil como penal), sino también desde el punto de vista más general de la justicia de la decisión, para la que es condición necesaria que los hechos se determinen de forma verdadera (ninguna decisión justa puede basarse en hechos erróneos, decía JEROME FRANCK. ...). Sin embargo, todo esto implica por parte del juez una serie de decisiones y de elecciones que son en gran medida discrecionales y no están directa y rigurosamente determinadas por normas jurídicas, en particular de la prueba (por ejemplo de los testigos), la valoración de la aceptabilidad de cada prueba concreta, la valoración conjunta de todas las pruebas disponibles y, por último, el juicio final sobre la verdad o falsedad de los hechos. Por otro lado, la función esencial de la motivación, y de la obligación de motivar previstas en la ley ordinaria y a menudo también por normas constitucionales, es la de hacer que el juez justifique expresamente sus propias decisiones, sometiendo al control externo (de opinión pública especializada o general) las razones por las que ha ejercitado de un deter-

minado modo los poderes decisorios de los que es titular. Éste es un elemento fundamental en los sistemas democráticos: el poder absoluto y arbitrario es el que no ofrece justificaciones; el poder democrático es el que se justifica y se somete a la crítica."¹⁰

Este punto nos pone ahora en frente a otro problema: el de la verdad y la prueba en el proceso; que, a su vez, tiene dos dificultades: el de la verdad que se puede obtener en el proceso; y el de la prueba que debe llegar al proceso. Este último, además, implica otra dificultad, y es respecto de la legitimación para la prueba en el proceso de producción de la misma, particularmente la legitimación del juez para el decreto de la prueba. Este aspecto genera un choque abierto de posiciones con relación a esa función del juez, en presencia de dos figuras que parecen contrapuestas en materia de pruebas: *la carga de la prueba y la prueba de oficio*. El asunto se hace más polémico en ordenamientos jurídicos en los cuales, como en el colombiano, se consagran los dos institutos.

Es pertinente, pues, intentar ahora despejar estas inquietudes, en los párrafos siguientes.

3. ¿Cuál es la verdad que se puede obtener en el proceso?

El profesor TARUFFO advierte con magistral claridad que "...el problema de la verdad de los hechos en el proceso es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma y otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general..."¹¹ Y explica las razones que ha logrado descubrir alrededor de semejante problema que, aún hoy, sigue vigente y permea las más variadas doctrinas y teorías procesales. Su exposición al respecto nos atrevemos a transcribirla para no desfigurarla:

"Hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso.

"*El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de verdad "judicial" o "procesal" especial y la idea o las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso.* Esencialmente, se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en su caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court*.

"Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad "formal" (o "judicial" o "procesal") que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad "material" (o "histórica", "empírica" o "simplemente, "verdad") referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad "relativa", que es típica del proceso, y una verdad "absoluta", que existiría en algún lugar fuera del proceso.

"La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente "distinta" y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de

¹⁰ Op. cit., págs. 520 y 521.

¹¹ Op. cit., pág. 26.

reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar la verdad que se establece en el proceso de aquélla de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto a la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocésal. Se podrá decir que la verdad "del proceso" tiene algunas peculiaridades relevantes que derivan de su situación conceptual dentro de un contexto específico y jurídicamente determinado, pero estas peculiaridades no bastan para fundamentar un concepto autónomo de "verdad formal". La consecuencia es que también la "verdad material" entra en el proceso, lo que crea problemas ulteriores. El hecho es que la distinción entre verdad formal y material deja sin definir la última de ellas, identificada únicamente por oposición con la verdad formal, que se considera la típica del proceso. Cuando se elimina o supera esta distinción y, precisamente, se piensa que de alguna forma y en alguna medida el proceso y las pruebas tienen que ver con la denominada verdad material, se presenta el problema de determinar qué es esa verdad. Esto es, se produce la remisión inmediata e inevitable, que ya se ha mencionado, a la dimensión extraprocésal y extrajurídica del problema de la verdad. En otros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso, y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. La expresión "verdad material", y las otras expresiones sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad. Desde este punto de vista, el problema de la verdad de los hechos en el proceso no es más que una variante específica de ese problema más general.

"El segundo tipo de razones por el que la relación prueba-verdad de los hechos es altamente problemático se refiere al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso.

"Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas, pero tiene también espacio fuera de esas teorías cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad *tout court*. Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes."¹² (Itálicas fuera del texto).

El maestro prosigue con excelsas disertaciones sobre los diferentes tipos de verdad que señalan los juristas - especialmente los procesalistas- y su relación con el proceso, así como las correlativas posibilidades e imposibilidades de orden teórico, ideológico y práctico que deben considerarse cuando se trata de la fijación de los hechos en el proceso, para fundar la decisión que resolverá la controversia jurídica planteada. Y concluye así:

"La regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, por supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que es establecida. Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo

¹² Op. cit. págs. 24 a 26.

puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que impongan las normas de un determinado ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos."¹³

Y después, en la entrevista contestada sobre los planteamientos hechos en su libro, respecto de la verdad en el proceso, puntualizó:

"...el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de la decisión.

"Esta verdad no puede ser en ningún sentido absoluta, y es necesariamente contextual y relativa. Puede ser definida como la mejor aproximación posible, sobre la base de las pruebas, a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión. En términos más analíticos se puede decir que se ha establecido la verdad de un hecho cuando el enunciado que lo describe ha obtenido, sobre la base de los conocimientos aportados por las pruebas y por las inferencias basadas en éstas, un grado de confirmación lógica prevaleciente sobre el que puede ser atribuido a cualquier otra hipótesis, de modo que resulta racional escoger ese enunciado como "descripción verdadera" del hecho en cuestión. En resumen, la verdad del enunciado es una función de la confirmación lógica que puede derivarse de las pruebas que a él se refieren."¹⁴ (Itálicas fuera del texto).

En este último párrafo el maestro italiano deja en claro que no se trata en modo alguno de utilizar el proceso para pretender la quijotesca tarea de averiguar la verdad en términos absolutos; que la misión del juez en el proceso no puede ser aplicarse con toda exquísitez a la investigación cien-

tífica de la verdad en su pureza filosófica, que, entre otras cosas, ni siquiera se tiene claridad sobre si es posible hallarla. Pero, al mismo tiempo, con la igual claridad y énfasis, advierte que tampoco se puede patrocinar las posiciones doctrinarias de juristas que menosprecian, sin mayores argumentos defendibles y sólidos en su estructura, la posibilidad cierta y seria de adquirir un conocimiento, al menos aproximado, sobre la realidad preprocesal o extraprocésal que ha sido llevada para juzgamiento al proceso; porque sólo así es posible concebir una decisión judicial con justificación razonable, aceptable y, por tanto, con pretensión de justicia.

Por otro lado, la cuestión ahora es: ¿lo que se debe probar en el proceso es la verdad o la falsedad de los hechos afirmados o negados por las partes? O ¿será la verdad o la falsedad de las manifestaciones -positivas o negativas- hechas por las partes? O ¿será la existencia o inexistencia de los hechos afirmados o negados por las partes? O, en fin, ¿será la confirmación de las afirmaciones o negaciones que hacen las partes sobre los hechos que relatan como supuesto fáctico del efecto jurídico reclamado?

Al respecto no hay tampoco ningún pacifismo en la doctrina procesalista; pues, mientras unos afirman que son hechos lo que debe probarse, otros adveran que los hechos tan solo existen; y que lo pasible de prueba son las afirmaciones de las partes o de los sujetos procesales -término más amplio- referidas a hechos. En éste cariz, también el profesor TARUFFO hace importantísimas acotaciones que dan claridad a la cuestión. En realidad, como afirma un sector de la doctrina de los procesalistas que se ocupan del estudio de la prueba judicial, los hechos no son falsos ni verdaderos: ellos existen o no existen. Ocurrieron y, entonces, podrá demostrarse su ocurrencia; o, jamás ocurrieron, eventualidad en la cual resultará posible o imposible probar el hecho, según sea el caso. Por consiguiente, no es razonablemente acer-

¹³ Op. cit. pág. 80.

¹⁴ Op. cit., págs. 525 y 526.

tado sostener que los hechos son falsos o son verdaderos. Tan solo se podrá demostrar que sí tuvieron existencia, o que no la tuvieron, según sea el caso. Al fin de cuentas, los elementos de prueba surgen de la mutación fenoménica constante misma del mundo circunstante; luego, entrañan una relación -ya sea directa o indirecta- con el fenómeno del cual pueden dar cuenta.

Ahora, las aseveraciones o manifestaciones -afirmativas o negativas- que se hagan en el proceso, sobre determinados hechos, objetos, personas o circunstancias, si son pasibles de recibir enjuiciamiento sobre su verdad o falsedad. Esto, desde luego, genera todo el problema que ya se ha planteado en precedencia sobre la verdad. Pero, si permite ver que la verdad o falsedad no está referida en realidad al hecho afirmado o negado, sino a la afirmación o negación misma. Un hecho pudo haber existido, y hacerse una afirmación falsa sobre el mismo; como también puede suceder lo contrario. Si la prueba obtenida en el proceso, realmente da cuenta cierta de la existencia del hecho se dirá que la afirmación hecha por la parte, sobre tal hecho, es verdadera; y, si la prueba da cuenta de la situación contraria, se dirá que la proposición formulada es falsa.

Sin embargo, en este último aspecto es del todo necesario tener sumo cuidado; pues no se puede confundir ni asimilar la confirmación de la proposición -afirmativa o negativa- con la verdad; y tampoco se puede pregonar la falsedad de la proposición, por no haber sido confirmada por los elementos de prueba obtenidos.

En realidad, es necesario advertir que la dinámica del proceso de fijación de los hechos en el proceso, a partir de los cuales habrá de proferirse la decisión que resuelva la situación jurídica planteada, en estricto sentido, como advierte el profesor TARUFFO, no funciona con el esquema de verdad/falsedad, sino con otro diferente: confirmación/falta de confirmación de la proposición o de la manifestación del hecho que se ha presentado como concreción de la

hipótesis fáctica prevista en la norma como presupuesto de la tutela jurídica reclamada.

En este orden de ideas, bien vistas las cosas; lo que realmente sucede dentro de un proceso, es que las pruebas aportadas a éste, podrán confirmar en mayor o menor grado la "hipótesis" planteada por cada una de las partes en el proceso, desde sus diferentes posiciones; o, simplemente *no confirmar en grado alguno* la hipótesis de una de las partes, en cuyo caso habrá de salir *avanti* la otra; pero esto, como es fácil advertirlo, no tiene punto de asimilación, y menos de identidad, con la falsedad de la "hipótesis" o *proposición o afirmación* hecha como supuesto fáctico del *petitum* formulado por la otra parte. Sin embargo, bien puede pasar que un determinado caudal probatorio, no solo confirme la hipótesis afirmada por una de las partes en el juicio, sino que, además, demuestre la falsedad de la *proposición* o afirmación en forma de hipótesis presentada por la parte contraria. En este caso, podría sostenerse que se ha desvirtuado totalmente lo afirmado por una parte; muy a pesar de que no se haya logrado la *plena confirmación* de la hipótesis afirmada por el contrario; y, sin embargo, este habrá de salir triunfante. Pero, también puede suceder que, por ejemplo, la parte actora no logre aportar prueba de los hechos que afirmó, de modo que su hipótesis o *proposición* quedó *sin confirmar*; luego, no se le podrá conceder la tutela jurídica pedida; y, sin embargo, no se puede sostener de modo razonable, que sus afirmaciones resultaron falsas. Aún ante la falta de prueba que permita la confirmación, esas afirmaciones o negaciones pueden seguir siendo verdaderas; pero se quedaron sin respaldo probatorio para ser confirmadas de modo aceptable; lo que conlleva la desestimación de la tutela jurídica reclamada. Tal es, pues, el desacierto en hablar de verdad y falsedad de los hechos y hasta de las afirmaciones o negaciones que se involucran o forman parte del juicio jurisdiccional.

Además, como se dejó dicho en precedenza, la confirmación tampoco es igual a la verdad. Entre otras cosas, porque los mecanismos legales de confirmación de las hipótesis, en veces resultan inconsistentes, impeditivos del acceso a determinados medios probatorios, o bien porque limite la facultad o la competencia del juzgador para obtener los medios probatorios necesarios y suficientes para obtener ese grado de confirmación tal que permita justificar, de modo razonable y aceptable, la elección de la hipótesis que se considera con mayor confirmación, entre las varias que han sido presentadas por los diferentes sujetos procesales, para reclamar las correspondientes tutelas jurídicas. Es que, dependiendo de la hipótesis que se considere más aceptable, razonablemente confirmada, y, por tanto, más aproximada o relativamente más ajustada a la verdad, será la decisión que se profiera.

Esta última parte nos enfrenta de inmediato con el otro problema que se había mencionado, y que ahora corresponde abordar, por lo menos como llamado a la reflexión; pues, bien se sabe que su desarrollo demandaría todo un tratado de los grandes conocedores del tema.

4. La carga de la prueba y la prueba de oficio

En acápite precedente se anunció el problema, nada pacífico, bastante generalizado, de la confrontación que surge y se plantea entre juristas -tanto en el orden de los litigantes, como de los jueces, y, con mayor énfasis, en los académicos- en relación con *la carga de la prueba* y la *prueba de oficio*; problema que se intensifica especialmente cuando se cuestiona la *legitimidad del juez para el decreto de pruebas de oficio*, muy especialmente al interior del proceso civil; si bien, tampoco el problema es ajeno al proceso penal; más en las tendencias modernas, en las que hay posiciones bastante radicales al respecto, por ejemplo en Argentina, donde son abanderados de la carga de la prueba en el

proceso penal gaucha los profesores ADOLFO ALVARADO VELLOSO y OMAR BENAVENTOS, entre otros.

La cuestión es: ¿en un proceso con el respeto de las garantías procesales de orden legal y constitucional, es razonablemente permisible que al juez se le permita decretar pruebas de oficio? ¿No es, pues, responsabilidad legalmente radicada en las partes, por la ley de procedimiento, la carga procesal de probar el supuesto fáctico consagrado en la norma jurídica invocada como fuente del derecho cuya tutela jurídica se reclama en el juicio? ¿No será que permitirle semejante facultad investigadora de oficio al juez rompe con el equilibrio de las partes en el proceso, con evidente perjuicio para una de ellas que tiene ante sí una progresiva expectativa de triunfo, debido a la falta de prueba que corresponde a su contra parte, o a las falencias de las aportadas?

La corriente que defiende *la carga de la prueba* se apoya en postulados y principios puramente procesales para sostener que la responsabilidad de la demostración de los supuestos de hecho necesarios para derivar la consecuencia jurídica pedida, se radica en las partes, no en el juez. El planteamiento en esta línea de pensamiento se puede presentar así:

El juez tiene como función especial y específica, el ejercicio de la jurisdicción; es decir, su papel se concreta en el acto final de dictar el derecho en sede de sentencia. Esto, pues, con mayor énfasis en el proceso civil, respecto del cual se ha sostenido que corresponde a un típico sistema dispositivo, que implica dos aspectos básicos: uno es el relativo a la denominada *jurisdicción rogada*; es decir, la impuesta necesidad legal de demanda para la iniciación del proceso; mejor dicho, la jurisdicción tiene que ser excitada para poder ser ejercida por el Estado. Eso comporta la denominada exigencia de congruencia de la sentencia con las peticiones del actor y con las resistencias del demandado. El segundo aspecto en cuestión, es precisamente el de la

concentración de los poderes para reclamar la prueba y asumir la iniciativa en su producción, tan solo en las partes. El juez queda relegado al mero campo de dirigir y controlar la producción de los medios probatorios reclamados por las partes, a valorarlos, y a juzgar para emitir la decisión que se le ha demandado. Y esa valoración, es ejercicio que se hará, bien bajo un sistema tarifado legal, o bajo un sistema de libre valoración, de juicio crítico probatorio, también conocido como sistema de la sana crítica de la prueba. En este sistema, pues, el juez *tiene la obligación de fallar conforme a lo probado por las partes en el proceso*. En este sistema probatorio puro de *la carga de la prueba*, se asume como "verdad procesal" el resultado de la actividad probatoria —mucho, mínima o ninguna— delegada por las partes del proceso.

En este orden de cosas, aún en el caso de la falta de los necesarios elementos de prueba para llegar a la obtención del conocimiento de los hechos que se involucran en el debate judicial, por lo menos de *modo aproximado razonablemente*, se asume como establecidos los hechos por la simple operancia o aplicación de los denominados *sucedáneos probatorios*; es decir, a falta de prueba, se establece que la razón le asiste a la parte contraria de quien hizo la manifestación del supuesto fáctico presentado al proceso. En otras palabras, el mecanismo de *confirmación de la hipótesis*, en términos de TARUFFO, no se da por el examen del caudal probatorio logrado en el proceso, sino por descartar de la hipótesis contraria que debía ser demostrada y no lo consiguió. Así, la suerte del derecho del demandado no se deriva de la confirmación de su hipótesis —afirmativa o negativa— fáctica para que no sea condenado a lo pedido por la parte actora; sino, porque resultó deficiente o huérfana de prueba su hipótesis; así se conozca, con toda claridad cierta, que sí existen los medios probatorios para demostrarla, y se habría podido conseguir en el juicio.

Es pertinente advertir aquí, que la *no*ción de *sucedáneo probatorio* tampoco ha sido un concepto de significado único ni

uniforme en la doctrina; pero, para la época presente, se puede prohiar con suma tranquilidad la explicación dada por el memorable maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, quien afirma:

"Creemos que *el concepto de sucedáneo de prueba debe ser conservado*, con un sentido diferente, *para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver en el fondo la cuestión debatida*. Desde este punto de vista existen dos sucedáneos de prueba: las presunciones legales, pues hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y *la carga de la prueba, a la cual recurre el juez cuando no ha podido formarse su convencimiento sobre la existencia o inexistencia de un hecho alegado (afirmado o negado) en el proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba aportada, y no se es posible producirla de oficio o está precluida la etapa procesal para hacerlo*." ¹⁵ (Itálicas y negrillas fuera del texto).

Ahora, la corriente jurídica que aboga por la vigencia exclusiva de la figura de la *carga de la prueba*, parte del supuesto de que las dos partes —o todas las partes o todos los intervinientes en el proceso con calidad de parte principal o circunstancial— son *iguales*, están prevalidos de las mismas garantías procesales, de idénticas oportunidades; de manera que, si están en perfecta *equalteridad*, no hay razón para que se le permita al juez desequilibrar esa igualdad. Además, quien reclama el derecho tiene, al menos, la carga de probar el supuesto de hecho que ha invocado como fundamento del mismo; es quien conoce la prueba, quien sabe dónde se halla; y, tanto como puede disponer de su derecho, puede disponer —y es cuestión de opción propia— si quiere o no, que se obtengan o no, determinadas pruebas. Y, si al juez tan solo

¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba*, Tomo 1, Editorial Diké, 1987, 1ª edición, págs. 560 y 561.

se le permite conceder el derecho pedido, no hay razón para que se le autorice a conceder un derecho que la parte ha renunciado con el hecho de no aportar la prueba requerida para su demostración; pues, al disponer de la prueba, y optar por no aportarla, se está disponiendo tácitamente del derecho.

Y se agrega: no resulta comprensible que se le permita libremente al juez obtener pruebas de oficio; pues, con tal actitud rompe abiertamente todo el equilibrio de las partes; pero, lo más grave: la parte que ha sido diligente, que ha cumplido con toda su carga, o que ve razonablemente avanzar en su favor el proceso por la falta de prueba de la otra parte, resultaría castigada con ese decreto de pruebas de oficio, porque con ella se llegará a un resultado probatorio diferente, y con el cual se cambiaría la decisión que ya se veía venir. De otro modo dicho: el decreto de pruebas de oficio, beneficia a la parte negligente, con lo cual se conculca el derecho de quien triunfaría en el proceso, de no ser por la intervención del juez con su decreto oficioso de pruebas. *Eso no es justo, con la "otra parte"*. Como se ve, constituye toda una visión política y filosófica de la función del derecho y del proceso, la adopción de esta corriente. Sin embargo, tampoco es razonable ni admisible rechazar de plano y por completo la figura de la *carga de la prueba*. Ella no es inútil en el proceso. Tiene una importante función; pero no se comparte la propuesta de que sea utilizada de modo exclusivo y excluyente de toda participación dinámica de la iniciativa del juez en la averiguación de los hechos planteados y discutidos en el proceso.

Como se hizo notar en el *ítem* dos de estas reflexiones, la función y los fines del proceso pueden ser concebidos de muy diferentes maneras y con visiones muy disímiles. En un proceso que fuere de corte puramente dispositivo, con o sin libertad probatoria, este tipo de cuestionamientos parece que tiene algún fundamento; pero, por supuesto, implica una postura política y

hasta filosófica del derecho, bastante privatista y formal; además, una visión de la idea de justicia y de solución civilizada del conflicto, completamente aislada del contexto social donde se debe desarrollar ese proceso, y un total divorcio deliberado entre el propósito del proceso, y el de la administración de justicia, para cuya efectivización se dice que fue creado aquél, como instrumento civilizado para la resolución de los conflictos y la satisfacción de intereses jurídicos en una comunidad políticamente organizada. Pero, en ordenamientos jurídicos positivos como el colombiano, se repite, donde han sido consagradas las dos figuras, o los dos métodos de averiguación de los hechos que constituyen el supuesto fáctico de las pretensiones y resistencias formuladas en un proceso, la cuestión se torna polémica y ha permitido defender con igual ahínco las dos posiciones; lo que no deja de ser una preocupante inconsistencia dentro de un mismo aparato jurisdiccional, en un mismo momento histórico, y con una misma normatividad.

En efecto, por un lado, el artículo 177 del C. de P. C actual establece:

"Art. 177. *Carga de la prueba*. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

"Los hechos notorios y las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba."

Por otro lado, el artículo 179 *eiusdem*, literalmente ordena:

"Art. 179. *Prueba de oficio y a petición de parte*. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

"Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno.

Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas."

Y el artículo 180 de la misma obra instrumental civil, ordena:

"Art. 180. *Decreto y práctica de prueba de oficio.* Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

"Cuándo no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso."

También el artículo 186 *ibidem*, en su penúltimo inciso, establece que "En todo caso, el juez podrá decretar y practicar oficiosamente las pruebas que estime convenientes para la verificación o aclaración de los hechos."

Igualmente, al regular el interrogatorio de parte, el inciso segundo del actual artículo 208 de la misma codificación procedimental civil, ordena: "El juez, de oficio o a petición de una de las partes, podrá interrogar a las demás que se encuentren presentes, si lo considera conveniente."

Y, en la consagración el *juramento estimatorio*, el artículo 211 *ejusdem*, en el inciso primero *in fine*, establece: "...el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión."

Pero, además, así aparece claramente consignado en el numeral 4 del artículo 228, sobre la facultad amplia concedida al juez para interrogar oficiosamente al testigo "si lo considera necesario". Además, el artículo 230 *ibidem*, al regular los careos, establece: "El juez podrá ordenar, cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de estos con las partes, en las oportunidades indicadas en el artículo 180." Y en el inciso segundo, *in fine*, del artículo 233 del C. de P. C., al regular la

procedencia de la prueba pericial, insiste: "Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos; si se trata de una prueba necesaria para su decisión." Estas normas que aquí se citan, son apenas algunos ejemplos precisos de la decisión del legislador colombiano en materia de la producción de pruebas en el proceso, por iniciativa del juez. De modo que no hay duda ninguna en el caso colombiano, de que si es acorde con el ordenamiento jurídico, y con reiterada insistencia del legislador en diferentes normas, la responsabilidad del juez en la averiguación de los hechos que se plantean y debaten en el proceso; para poder proferir una sentencia consonante con la realidad que debe regular hacia el futuro, y de la cual surgió el asunto debatido en el proceso.

No es en vano que el artículo 4° del actual Código de Procedimiento Civil, desde 1970, literalmente dispuso:

"Art. 4°. *Interpretación de las normas procesales.* Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que *el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.* ..." (Itálicas y negrillas fuera del texto).

Y también el artículo 228 de la Constitución Política de 1991, estableció:

"ART. 228. La Administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas *prevalecerá el derecho sustancial.* ..." (Itálicas y negrillas fuera del texto).

Eso sí, que haya prevalencia del derecho sustancial, no quiere decir -ni mucho menos- que se pueda proferir la decisión judicial en el proceso jurisdiccional a costa de las formas propias del juicio, ni que se ha creado un pasaporte abierto para la arbitrariedad judicial; y menos que se pueda desvertebrar la estructura básica inexcusable del proceso; ni que se puedan conculcar sus principios y postulados en los

que se soportan todas las garantías también de rango constitucional que deben imperar en todo proceso, en cualquier proceso. Y no se puede ignorar -eso también es verdad de perogrullo- que se ha consolidado una conducta bastante molesta en funcionarios juzgadores, que constituye manifiesto abuso de la potestad-deber del decreto de pruebas de oficio, con fines claramente contrarios a esta figura. No se acude al decreto de pruebas de oficio para esclarecer totalmente algún asunto, sino para justificar un vencimiento de términos, o para dilatar la decisión con algún otro propósito. Pero esta irregularidad, que merece cuestionamiento y sanción, tampoco puede ser el punto de apoyo para rechazar la práctica de pruebas de oficio.

Pues bien: el decreto de la prueba oficiosa parte de otros supuestos bien diferentes, tanto respecto de la concepción del proceso, como del derecho mismo, y de la función que deben cumplir ambos en la sociedad.

En primer lugar: se ha sostenido que corresponde al tipo de procesos del sistema inquisitivo, en el que al Estado le asiste un interés muy superior al mero interés privado; que la función y el fin del proceso no se agota en la satisfacción del interés privado; pues, por encima está el interés del Estado y de toda la comunidad en que se haga efectiva la voluntad de la ley, lo que llama el profesor BARRIOS DE ANGELIS, el deber ser prometido por el ordenamiento jurídico. Sólo así se puede hablar de mantenimiento del orden jurídico, y únicamente con tal acción se crea la seguridad jurídica de que habrá una efectiva protección de los derechos regulados en el ordenamiento jurídico, porque siempre habrá un juez que tendrá la posibilidad real de conocer -al menos del modo más aproximado posible cuanto lo permita la falible condición humana- de conocer el episodio realmente acaecido con el cual se quebró la paz y armonía social, se afectó el orden jurídico, y, de paso, se transgredió el derecho de una persona. Y sólo así se podrá proferir una decisión que tenga soporte material, en sana correspondencia -sino identidad- con

aqué que determinó el ejercicio de la jurisdicción.

En este planteamiento, como es fácil advertir, subyace otro presupuesto axial: si la función del juez ha de ser dictar el derecho, conforme a lo consagrado en el ordenamiento jurídico vigente -concebido en su más amplia extensión- y la pretensión es que la decisión sea lo más justa posible; entonces, por fuerza lógica, el fundamento del derecho que se dicta no está en el éxito de una parte del proceso derivado de diferencias conductuales de las partes, o de la mayor o menor habilidad para la obtención o aportación de la prueba, ni en los accidentes procesales que impidan la incorporación oportuna de la prueba. Es decir, el derecho no dimana de la suerte del proceso, ni de la debilidad o fortaleza de las partes para contribuir a la obtención de la prueba. El derecho, según el esquema normativo, en realidad no surge del proceso, sino del episodio preprocesal consagrado hipotéticamente de manera general y abstracta en la norma jurídica, cuya prótesis constituye el supuesto material del efecto jurídico que consagra su apódisis. De otro modo dicho: el derecho surge de haberse materializado en la realidad, en forma concreta y respecto de una persona, una hipótesis fáctica prevista en la norma de modo general y abstracto; es decir, el derecho surge por la ocurrencia cierta de un hecho, circunstancia o eventualidad que la norma previó como condición para derivar una consecuencia jurídica específica.

En este orden de ideas, el derecho a ser indemnizado no surge a la vida jurídica por la conducta procesal de la parte demandante, sino por el hecho de haber sido dañado en su persona o en su patrimonio, y la ley ha establecido que, quien sufre perjuicio sin su propia culpa exclusiva, deberá ser indemnizado. Desde luego, quien alega que ha sufrido daño en su integridad personal o en su patrimonio, y reclama la indemnización que le prometió el ordenamiento jurídico en la medida exacta del daño sufrido, asume la carga de probar

la existencia de dicho daño. Pero no siempre la persona está en condiciones de poder demostrar la existencia plena de dicho daño por muy diferentes circunstancias, la mayoría de las cuales ni siquiera están bajo su dominio. Del mismo modo, a la inversa, para obtener un derecho que se reclama en juicio, razonablemente no debe ser suficiente la simple afirmación o negación de los hechos, en los casos en que la carga de la prueba se radica en la parte contraria especialmente cuando se apoya en hechos cuya prueba está excusada en principio, por la operancia de las presunciones *iuris tantum*, como el caso de la presunción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Ese derecho deriva es de que realmente sí haya ocurrido el hecho previsto por el legislador como fuente material de indemnización. Por tanto, no es plausible que, pudiéndose haber establecido lo que se ve más acorde con la realidad, como que ciertamente pasó, se reconozca un derecho nada más porque al juez no se le debe permitir la iniciativa probatoria.

Para rematar este punto, parece bastante saludable trasuntar lo que afirma en esta materia el maestro DEVIS ECHANDÍA:

"Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a éstas: que se trata de un litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de su manejo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad.

"Tales razones son de tan débil contextura, que no resisten el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificadas, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses particulares. Pero hace más de cincuenta años que la doctrina universal archivó esa concepción priva-

tista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, tan importante y de tan profundo interés público como en el proceso penal, e igualmente señala un fin de interés público o general: la recta aplicación de la ley material y la administración de justicia para la paz y la tranquilidad sociales.

"Refutado el viejo concepto privatista del proceso civil, caen por su base los argumentos de quienes desean mantener maniatado al juez ante el debate probatorio. Porque si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones. Por otra parte, si se concibe la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no solo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber.

"Como lo observa muy bien CARNACINI, la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil, nada tiene que ver con la disponibilidad de los medios probatorios para establecerlo; por lo cual, aun considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes (lo que no es cierto en muchos casos) y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público (la recta aplicación de la ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados), no puede

obtenerse de ello argumento alguno en contra de las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales debe versar la sentencia.

*"Creemos que la democracia política, y, más concretamente, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hace efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad o el poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue en el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado. Creer, como MITTERMAIER, que a los gobiernos monárquicos de autoridad absoluta corresponde el proceso inquisitivo y a las democracias el proceso acusatorio, que depende de la iniciativa del particular, es un gran error, ocasionado por la influencia del individualismo político y filosófico, muy en boga en su tiempo, y por el olvido de la realidad socio-económica; es tanto como sostener que la democracia consiste en la absoluta autonomía de las voluntades individuales para que el débil y menesteroso goce de su ficticia libertad al convenir las condiciones de su contrato de trabajo o en abandonar al pueblo ante los monopolios y explotaciones organizadas de los artículos de primera necesidad para que se produzca el libre juego de la oferta y la demanda. Hace por lo menos medio siglo que los Estados abandonaron, en buenahora, esa concepción romántica pero engañosa de las libertades y la democracia. No comprendemos por qué no deba suceder lo mismo en el campo del proceso."*¹⁶

Para rematar, en relación con este particular tema, en nuestra doctrina local, también el profesor JAIRO PARRA QUIJANO es enfático al afirmar con su acostumbrada vehemencia:

"Las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, de tal manera que la investigación oficiosa por parte del juez no vulnera ningún derecho de éstas; por el contrario, cuando ejerce sus facultades inquisitivas da a entender, con ese comportamiento, que el Estado, al cual representa, sólo le interesa edificar la sentencia con base en la verdad de los hechos. Las partes no tienen derecho sobre la seudo-verdad; aún más: podemos afirmar que, aún contra su querer, tienen derecho a que en el proceso se investigue la verdad.

"...El juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción, esgrimido por muchos autores, de que con las facultades oficiosas al juez se rompe el principio de la imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no se logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia de los intereses de éstas."¹⁷

5. ¿Es posible una teoría general y unitaria de la prueba?

El profesor TARUFFO, sin vacilación alguna sostiene la respuesta positiva y afirma:

"...creo que una teoría general de la prueba está en disposición de dar cuenta de los conceptos fundamentales relativos a la estructura lógica del razonamiento probatorio y al convencimiento del juez, y que, por tanto, puede valer en gran medida tanto respecto de los diversos modelos de proceso que pueden existir en el mismo ordenamiento como respecto de los distintos sistemas procesales.

"Debe tenerse en cuenta el hecho de que en los ordenamientos procesales modernos la regulación jurídica de la prueba cubre sólo algunos aspectos, prácticamente

¹⁷ PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de derecho probatorio*, 13ª edición, Ediciones Librería del Profesional, pág. 174.

¹⁶ *Op. cit.* Tomo 1, págs. 81 a 83.

importantes pero conceptualmente marginales, del fenómeno probatorio. Así, por ejemplo, las reglas de exclusión de la prueba testifical son completamente distintas en Italia y en Estados Unidos, pero afectan sólo la inadmisibilidad de la prueba testifical. En todo lo demás, es decir, en los aspectos esenciales de la prueba, no hay diferencias relevantes. Pueden realizarse análogas consideraciones, incluso más significativas, respecto de otras pruebas: por ejemplo, entre las presunciones simples del derecho europeo y la *circumstantial evidence* del derecho americano no hay ninguna diferencia estructural significativa. Más allá de las diferencias nominalistas, se trata en realidad del mismo fenómeno.

"Por ello es legítimo pensar que las diferencias normativas son, en definitiva, secundarias respecto del núcleo fundamental de la teoría de la prueba y que, de este modo, ésta puede ser válida para distintos tipos de proceso. Sería, entonces, inútil y también metodológicamente erróneo intentar construir una teoría de la prueba civil, una de la prueba penal, una de la prueba italiana, una de la prueba española o francesa, etc. No es casualidad que al tratar la teoría de la prueba los procesalistas civiles y penales usen sustancialmente los mismos conceptos y el mismo lenguaje. Además, en Estados Unidos existe un solo derecho de las pruebas, común a los ámbitos civil y penal, que se enseña y se estudia en manuales específicos, como materia autónoma y común a todos los tipos de proceso.

"Naturalmente, esto no significa que las diferencias entre los distintos sistemas procesales no tengan ninguna importancia. Son importantes, e incluso muy interesantes, desde el punto de vista del análisis comparado y -naturalmente- del de la práctica judicial. Lo que quiero decir es que esas diferencias son secundarias en el plano teórico general. Por decirlo así, una teoría general de la prueba puede ser concebida como un *leitmotiv*: las especificaciones más relevantes, no son más que variaciones parciales sobre el tema.

"Desde el punto de vista teórico estas variaciones pueden tener una relevancia no desdeñable, no en el sentido de hacer necesarias teorías distintas, sino más bien en el sentido de mostrar cómo cada ordenamiento procesal puede ser construido de forma que favorezca u obstaculice la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Por ejemplo: un proceso en el que existan muchas reglas de exclusión es un proceso en el que no ingresan muchos medios de prueba que podrían ser relevantes para la determinación de los hechos y, por tanto, es un proceso que limita y obstaculiza, en lugar de favorecer, que se alcance la verdad. Se favorece, en cambio, la búsqueda de la verdad cuando existen pocas reglas de exclusión o bien -como sostenía BENTHAM- cuando no hay ninguna.

"De forma análoga: un proceso en el que existan numerosas reglas de prueba legal está menos orientado hacia la verdad que un proceso en el que se aplique integralmente el principio de la libre convicción del juez. Aún más: un proceso en el que se utilicen técnicas de asunción de las pruebas que permitan profundizar en el análisis de los conocimientos del testigo y verificar eficazmente su atendibilidad (como cuando se adopta la *cross examination*) está más orientado hacia la verdad que un proceso en el que el testigo es interrogado por un juez que no conoce los hechos del caso y está poco interesado en verificar la credibilidad de las declaraciones testimoniales.

"Estas diferencias, que no son muy importantes desde el punto de vista teórico, expresan distintas orientaciones de política jurídica de los diversos legisladores respecto de sí, y en su caso cómo, la decisión judicial debe o puede basarse en una determinación verdadera de los hechos, o bien puede prescindir de la verdad o debe contentarse con verdades parciales. En el fondo, algunas veces las normas sobre las pruebas son el resultado de un conflicto o de la mediación entre el valor representado por la verdad y otros valores (como los que están vinculados a la configuración del papel de las partes en el proceso o a la

tutela de los secretos) que están en conflicto con la exigencia de establecer en el juicio la efectiva verdad de los hechos. A menudo, también, las normas sobre las pruebas son simplemente el fruto del retraso cultural del legislador respecto de la evolución de los problemas de las teorías, ...¹⁸

De tal manera que ya es tiempo de abandonar esa tendencia preocupantemente creciente que se alimenta en nuestro medio académico, por hacer que los cursos de pruebas en pregrado sean especializados por materia, y se pretenda, entonces, diseñar una cátedra de "pruebas civiles" y otra de "pruebas penales"; por donde, también habría que pensar ya en una de "pruebas internacionales" otra de "pruebas constitucionales", etc. Realmente parece que tal tendencia únicamente logra que se concentren los esfuerzos académicos en la enseñanza y aprendizaje de puro procedimiento legal, de visiones "amarradas" nada más al entorno jurídico normativo, con peligroso descuido del estudio teórico de los elementos estructurales de la prueba, de su funcionalidad, de su efectividad, utilidad y aplicabilidad a un ordenamiento y a una materia específica. Esta situación resulta peor si se ubica en el contexto de las especializaciones que se diseñan en las universidades. Mejor podría resultar que la enseñanza sea unificada pero extendida; es decir, enseñanza y estudio de la teoría general de la prueba y de los medios probatorios, pero con módulos que permitan examinar en profundidad la operatividad, aceptabilidad, efectividad, así como los mecanismos y los criterios de valoración, además de las reseñas históricas, doctrinales y jurisprudenciales que se conozcan respecto de cada medio probatorio, de cada estructura y de cada principio, en cada una de las especialidades. Tan solo sería una cuestión de extensión de la especialización, con la producción de un resultado ideal que permite una formación relativamente completa para el educando, en

beneficio de la ciudadanía destinataria del servicio de aquél especializado, y también para la misma comunidad jurídica.

6. Conclusiones

A manera de conclusiones de lo que aquí apenas ha podido presentarse de modo muy global, como se advirtió al iniciar el escrito, se pueden dejar las siguientes:

1ª. No se debe considerar la prueba como un fenómeno de naturaleza procesal; pues, bien vista su naturaleza ontológica, ni siquiera pertenece de modo exclusivo al derecho. Tan solo que, por necesidad práctica para poder hacer funcionar éste, y principalmente como un vehículo de acceso al conocimiento de los hechos que se juzgan, se hace necesario acudir a la prueba. Por esa razón, se requiere de una regulación de tipo normativo -como que se trata de poderla utilizar en ese universo- para establecer unas reglas que permitan su razonable y previsible utilización, así como unos procedimientos para su introducción al juicio -tanto en la fase de petición y/o presentación, como en el de ordenación e incorporación- publicitación y contradicción, como también para la valoración y reconocimiento de efectos en el mundo del proceso. Así, entonces, lo que pertenece al proceso, como especie de lo jurídico, es el conjunto de normas que regulan el manejo de la prueba; pero no la prueba misma.

2ª. Si se admite simplemente como verdad la coincidencia entre la idea expresada por medio de una proposición literaria o manifestación hecha por una persona, con el fenómeno, entidad, o circunstancia -material o inmaterial- al cual se refiere aquella manifestación, podría decirse que, el fin de la prueba en el proceso jurisdiccional, es dar cuenta de la verdad o falsedad de dicha manifestación o proposición. Y, en esa medida, se podrá decir que la función de la prueba será permitir el establecimiento de la verdad de los hechos afirmados o negados por las partes involu- cradas en el juicio.

¹⁸ Op. cit., págs. 526 a 528.

Pero, si en cambio se admite, como lo advierte MICHELLE TARUFFO, que realmente no se trata del establecimiento de la verdad en el proceso, sino de la determinación de los fundamentos de aceptabilidad de las hipótesis planteadas por los involucrados en el proceso, bajo la forma de asertos o manifestaciones -afirmativas o negativas-referidas a hechos; entonces, también debe admitirse que la función de la prueba es permitir el humano, racional y razonable conocimiento posible sobre los hechos a los que se refieren esas afirmaciones; de modo que se pueda contar con elementos de juicio también razonables y objetivos, para sostener un mayor grado de confirmación -y por tanto, elección de aceptación- de una específica hipótesis, de las diferentes que se plantean por cada uno de los interesados en el proceso, sobre las demás. En definitiva, la finalidad de la prueba es permitir el conocimiento más próximo posible del fenómeno episódico ciertamente acaecido, y que resulta relevante para determinar si se ha cumplido el presupuesto material consagrado en la norma, y que resulta necesario para derivar la consecuencia jurídica prevista en ella, y que se reclama en el proceso como tutela jurídica.

3ª. En el mundo moderno donde las sociedades de mayor civilización se han constituido bajo los esquemas políticos de Estados democráticos -y dizque sociales- de derecho, no goza de mayor aceptación la posición que pregona la exigencia de una decisión judicial en la que se *dicta el derecho*, esto es, *el Estado ejerce el monopolio de la jurisdicción*, con el simple apoyo en resultados de la actividad procesal de las partes, especialmente, como un efecto negativo por deficiencia probatoria, o por ausencia de los elementos de prueba que, en principio, gravaban la actividad de una de las partes; muy a pesar de saberse que hay forma de conseguir el esclarecimiento

cierto de los hechos alegados, por medios probatorios al alcance del juez. De otro modo dicho: no tiene mayor aceptación hoy, que la sentencia tenga todo un apoyo puramente jurídico, cerrada por completo en el mundo del proceso -que sólo puede ser un instrumento de solución de conflictos orientado al propósito último del ordenamiento jurídico y del ejercicio de la jurisdicción: hacer justicia, para mantener la paz social y la convivencia pacífica del grupo social- pero que resulta visiblemente ajena en sus efectos a la realidad social que debe regular. Esta disociación, en tanto permite y prohija ventajas para un aparte, sin real apoyo en el mundo del ser social, simplemente deslegitima tanto al proceso jurisdiccional, como al ordenamiento jurídico y al órgano jurisdiccional mismo; pero, además, deslegitima la decisión así proferida en juicio, al tiempo que ella misma se constituye en factor de violencia social.

4ª. El proceso tiene una función instrumental de solución de conflictos sociales que trascienden al orden jurídico, y en él, se profiere una sentencia o decisión que trasciende el mundo de lo puramente jurídico; pero no puede hacerlo de espaldas a la realidad que debe regular, y que fue justamente la razón de su origen, o con desconocimiento del efecto sociológico, político y psicológico que produce, en la comunidad, la decisión que se produzca en ese juicio. Además, la decisión debe consultar la máxima armonía posible con el fragmento de la realidad que motivó la génesis del proceso. Pero no parece razonable hoy sostener que el proceso, *per se*, con su discurrir, pueda servir como fuente material -y menos jurídica- de derechos sustanciales que tienen un supuesto diferente en la norma que los consagra desde antes del proceso. El proceso es instrumento para dictar el derecho, pero no fuente del derecho mismo que allí se decide.

EL MITO POLÍTICO O EL MITO JURÍDICO DE LA PRUEBA COMO SUSTENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Dra. Diana María Ramírez Carvajal¹

*"Quien quiere construir una torre muy alta
tiene que dedicar mucho tiempo a sus cimientos"*

ANTÓN BRUCKNER.

Ostentar el título de Abogado, significa haber optado por tener como proyecto de vida LA CIENCIA DEL DERECHO, ardua labor que implica aportar a su permanente evolución. Algunos de los aspectos más importantes de su desarrollo son: el revisar permanentemente las acciones de los juzgadores, la coherencia en la aplicación de la ley, la pureza de las instituciones sustanciales y procesales, entender y aplicar correctamente la tendencia de constitucionalización del proceso², intervenir con firmeza la carencia de recursos humanos, logísticos y económicos del Poder Jurisdiccional, afrontar con entereza la deslegitimación de la profesión ante la sociedad, pero ante todo la apropiación de un debido proceso probatorio para la sustentación de la decisión judicial. Esta apropiación es el tema que abordamos en este escrito, el cual como herramienta pedagógica analizaremos desde la perspectiva del mito político.

Culturalmente entendemos el fenómeno del mito³, pero es interesante acercarnos al

estudio de éste en la perspectiva política, porque es ahí donde captamos que no todo es lo que dice ser, ni tampoco lo que parece ser; desde el estudio de la Historiografía⁴, ciencia reconstructiva que comparte su naturaleza con el derecho probatorio, lo-gramos precisar nuestros conocimientos.

Evocamos la época de la independencia, y en ella dos personajes: SIMÓN BOLÍVAR y JOSÉ MARÍA CORDOVA, quienes nos han sido referidos como héroes poseedores de las más altas virtudes. Sus triunfos y vivencias fueron descritas por los historiadores desde diversos ángulos: el tradicional, que muestra los acontecimientos y el moderno que realiza un análisis de interpretación a los acontecimientos.

Desde estas perspectivas, el liderazgo del Libertador que promovió Simón Bolívar tiene dos formas de relato⁵. El primero lo muestra como un político que tenía un claro

una determinada cultura. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Espasa. 2001

⁴ Estudio bibliográfico y crítico de los escritos sobre historia y sus fuentes. Diccionario de la Real Académica de la lengua Española.

⁵ Ver al respecto: CARRERA GERMÁN, *Culto a Bolívar*. Universidad Nacional. 1987. POSADA GUTIÉRREZ JOAQUIN, *Memorias histórico-políticas*. Imprenta Nacional, Bogotá. 1929. GROOT JOSÉ MANUEL. *Historia eclesiástica y civil de la Nueva Granada*. Casa editorial M. Rivas. Bogotá. 1893. RESTREPO, JOSÉ MANUEL. *Historia de la revolución de la República de Colombia*. Librería Americana, París, 1827. LACROIX, LUIS, PERÚ DE. *Diario de Bucaramanga*. Librería de P. Ollendorf. París. 1912.

¹ Abogada Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Procesal de esta misma Universidad. Doctorada en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente Universitaria en varias instituciones del País.

² LÓPEZ, MEDINA DIEGO EDUARDO. *Interpretación constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura. En publicación de la escuela judicial Rodrigo Lara. 2003.

³ Narración de origen oral y de contenido simbólico que transmite valores y creencias de

proyecto monárquico por cumplir en estas tierras, se manifiesta que Bolívar quería integrar una confederación y el paso a seguir era incrementar su poder en la Gran Colombia. Fue capaz de negociar con los caudillos mil ventajas y garantías, para luego enviarlos a mejor vida y así lograr sus metas. Tenía además vértigo de ambición y extrema vanidad, que lo hacía creer todopoderoso y atropellar todo obstáculo. Lo asimilaban incluso, en su pensamiento, a Napoleón Bonaparte, quien con el discreto nombre de Cónsul tomó para sí todas las libertades de Francia. Por último lo acusaron de burlar el Congreso al querer implantar por la fuerza la Constitución Boliviana y de que nunca gobernó en estricto sentido constitucional.

El segundo recuento nos presenta un SIMÓN BOLIVAR, Libertador, virtuoso, poseedor de los más altos valores, un gobernante justo, sin ninguna intención monárquica o autoritaria. Incluso sus crueldades, afirman los historiadores, estuvieron marcadas por claros fines políticos (a diferencia de Santander por ejemplo). Lo describen como una persona educada, formado en Europa, que hablaba a perfección cuatro idiomas el español, inglés, francés y el italiano. Bolívar nunca, dicen estos historiadores, lastimó opiniones de nacionalidad o religión, ni tuvo pretensión de llamarse al menos hombre de las leyes. Quiso ser pilar de estabilidad y armonía.

En el mismo orden de ideas, la historia sobre la conspiración de José María Córdova, héroe Antioqueño de la independencia, tiene dos versiones encontradas⁶: La

primera afirma que Bolívar fue el responsable de la muerte y desertión de José María Córdova, que lo quería fuera del ejército por sus múltiples victorias que por eso el Consejo de Gobierno presidido por Bolívar envía a O'leary con la orden expresa de muerte. También se informa que Córdova quería oponerse porque sabía de las tendencias monárquicas de Bolívar y que no las compartía, era un héroe gallardo que decían repugnaba la guerra tanto como le encantaba la gloria pero que la libertad de la patria la defendería hasta la muerte. En tanto la segunda de las versiones históricas lo muestran como un militar despótico, arbitrario, resentido, descarado y traidor. En pocas palabras lo presentan como un disidente guerrillero.

Estas narraciones históricas tienen un claro sentido, aportar a la creación del Estado nacional desde dos formas, la subjetiva centrandose en personajes (Bolívar y José María Córdova) y la objetiva centrandose en acontecimientos (la monarquía y la traición). No es la entrega de versiones ciertas, verdades, sólo son versiones puestas en papel. Es aquí donde se puede establecer el nacimiento del mito político⁷, éste se expresa como un conjunto de representaciones, de símbolos y de imágenes que ayudan a mover las masas, por eso se fundamentan en la emoción, el sentimiento y la intuición colectivas. Pero esta construcción colectiva tiene un gran problema y es que quien está poseído por el mito, carece de la posibilidad de objetivar sus contenidos (no lo dimensionan, lo creen), y no tienen la verdad.

Este panorama sustenta la poca investigación que contienen los textos históricos y arroja incredulidad sobre cualquier acontecimiento pasado. Los escritores a pesar de pertenecer a una ciencia reconstructiva, no acogieron un método objetivo de trabajo,

del héroe y la invención del mito. Historia y Sociedad. Universidad Nacional. 1999.

⁷ LÓPEZ ANDRÉS. *Obra citada* y GARCÍA PELAYO MANUEL. *Los mitos políticos.* Editorial Alianza Universidad de Madrid. 1981.

⁶ Al respecto sustentan además de los anteriores autores mencionados: BRONX HUMBERTO. BOLÍVAR el libertador y CÓRDOVA el héroe de Ayacucho. Academia Antioqueña de historia. SAÑUDO JOSÉ RAFAEL. *Estudios sobre la vida de Bolívar.* MONSALVE J.D. *Estudios sobre el libertador.* Imprenta Nacional 1930. OCAMPO LÓPEZ JAVIER. *El proceso ideológico de la emancipación en Colombia.* Editorial Planeta. 1999. LÓPEZ, ANDRÉS. JOSÉ MARÍA CÓRDOVA en la tradición historiográfica colombiana. *La imagen*

no tenían una metodología científica que les permitiera transmitir sus conocimientos imparcialmente, no sabían narrar por fuera de sus vivencias y de ahí que sus relatos tengan una clara retórica o de convencimiento.

Desde esta conclusión y adentrándonos en nuestros textos jurídicos, partimos de las siguientes reflexiones: ¿nuestras instituciones jurídicas son lo que parecen? ¿Realmente cumplen los medios de prueba la función que nos enseñaron en las universidades? ¿Será la decisión judicial producto del debido proceso probatorio? ¿Aplicando la legislación se solucionan efectiva y eficientemente nuestros conflictos?

Grandes interrogantes que implican un repensar de nuestras instituciones procesales, y para iniciar este ejercicio de estudio comparativo pedagógico, partimos de que el derecho que constituye la ciencia⁸ a la cual servimos, debe estudiarse y aplicarse con ese respeto que imprime la labor del investigador experimentado, su complejidad estriba en aplicar con equilibrio: el conocimiento del derecho sustancial, el amplio discernimiento de las instituciones y garantías procesales y la apropiación de los medios de prueba, como columna vertebral que une los dos primeros y que nos conduce a la verdad.

Iniciamos nuestro recorrido con una visión de la pretensión jurídica, instituto que por excelencia es el "objeto" del debido proceso. Insertamos en sus elementos estructurales la prueba y las fuentes formales del derecho sustancial, conforme al siguiente análisis:

Pretensión: Institución procesal que permite la correcta delimitación y petición del derecho, modernamente su estructura permite los siguientes razonamientos jurídicos.

⁸ Ciencia: Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados de los que se deducen principios y leyes generales. Diccionario de la lengua española. Espasa. 2001

Elementos que la componen:

Unos sujetos: Capaces, con libertad, simples o compuestos, con interés para obrar o para pedir.

Unos objetos: Las consecuencias jurídicas que expresan el efecto jurídico permitido por la conjugación normativa que la sustenta y unas consecuencias materiales que remiten a unas satisfacciones materiales y apropiativas.

Unas causas: Este elemento contiene en su estructura los dos aspectos anunciados, la prueba y las fuentes del derecho sustancial:

Relato fáctico: Contiene los hechos o circunstancias modificadoras de una realidad que pueden ajustarse en un silogismo normativo. Estos hechos *tienen que estar acompañados y sustentados por los medios de prueba adecuados*, de lo contrario no son útiles, válidos, o conducentes. Los hechos de la pretensión dependen en gran medida el derecho porque éste establece su relevancia y los medios de prueba admisibles y también se debe tener en cuenta que este relato de hechos históricos, son en realidad enunciados y es a estos enunciados a los que debemos atribuir valores de verdad⁹.

Relato jurídico: Permite una apropiación de las fuentes formales del derecho, donde debemos aplicar una hermenéutica legal y una hermenéutica constitucional, pues a partir de la Constitución del año 1991, la primera norma de normas es la Constitución. El relato o causa jurídica pretensional tendría entonces la siguiente dimensión:

Causa jurídica directa: Con la conjugación indicada de las fuentes obligatorias del derecho sustancial: la Constitución desde la dimensión del bloque de constitucionalidad, la ley en sus diferentes presentaciones, el acto administrativo y el contrato como manifestación de la voluntad y de la libertad de los hombres.

⁹ TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. Trotta. 2003

Causa jurídica indirecta: con la conjugación apropiada y correctamente analizada de las fuentes auxiliares o subsidiarias: la jurisprudencia o el precedente judicial, la doctrina, la costumbre, la equidad y los principios generales del derecho.

Es así como la prueba sirve de razón a la configuración de la pretensión en el debido proceso y tiene un valor prioritario en su desarrollo. Estas pretensiones corresponden en su mayoría a las decisiones judiciales del tipo casos fáciles, por eso se estructuran sobre una inferencia lógica que se desarrolla sobre estas premisas fácticas (debidamente probadas) y otras jurídicas (debidamente articuladas)¹⁰.

Nuestro interés se centra en la sustentación adecuada de la decisión judicial que implica una prueba constitucionalizada¹¹ y la determinación de premisas pretensionales ajustadas, en especial las fácticas¹². Para lograr un adecuado fenómeno de constitucionalización, debemos integrar las hermenéuticas legal y constitucional, en un trabajo de filigrana adecuado a las necesidades de hoy, cuando nuestros jueces han dejado su posición de aplicadores literales de la norma. Sin embargo esta tendencia moderna, no puede arrojarnos a descontextualizar el debido proceso probatorio dando una aplicación prioritaria y directa de principios, por el contrario creemos que esta nueva proyección de la prueba nos asegura un proceso garante, objetivo y jurídico, pero más complejo. Encontramos así las dos corrientes que hemos expuesto en el mito político, la primera sustentando el debido proceso como una secuencia sistemática de normas legales y la segunda defendiendo la constitucionalización del mismo. Nuestra labor es desentrañar las verdaderas tendencias constructivas.

¹⁰ Código de Procedimiento Civil colombiano, artículo 177.

¹¹ Constitución Política artículo 29. Nulidad de la prueba que viole los derechos fundamentales.

¹²TARUFFO, MICHELLE. *La prueba de los hechos*. Trotta. 2003.

Con relación a la determinación correcta de la pretensión jurídica, especialmente las premisas fácticas, no podemos pasar por alto el análisis sobre la verdad y los hechos que nos presenta MICHELLE TARUFFO¹³ cuando frente a las preguntas: ¿Que debe entenderse por verdad? ¿Cómo y cuándo se alcanza hoy? Responde con una fuerte crítica.

"La verdad en el proceso no puede ser absoluta porque estamos frente a una ciencia social y humana, no exacta, pero no por ello debemos desvirtuar la consecución de la verdad para plasmarla en una decisión que enaltezca la justicia y que legitime el poder del Estado ante la sociedad". Ésta es la gran ilusión de quienes servimos desde la ciencia del derecho, especialmente los académicos adscritos al área procesal nos empeñamos en repetirlo una y otra vez en las aulas, necesitamos un proceso justo, objetivo, que responda a los principios de igualdad, y que esté alejado de las decisiones arbitrarias y subjetivas.

A esta proyección e ideal social que todos compartimos, y que tiene su inicio en un proceso judicial con una base probatoria firme, se le anteponen según el autor citado grandes problemáticas¹⁴, que nosotros tratamos de analizar en el siguiente resumen:

1. La correlación Verdad-Hechos

a. "*Diferencia entre la verdad real y la verdad formal*: A pesar de que no tiene un sustento filosófico denso, es materia de discusión permanente", nuestros procesos civil y penal han sufrido esta fuerte discusión y especialmente el proceso penal ha permitido instituciones como la variación de la calificación para evitar la primacía de la verdad procesal sobre la material. La realidad dice el doctor TARUFFO, es que los límites y las reglas que nos hemos impuesto para diferenciarlas corresponden más a la dicotomía verdad absoluta-verdad relativa que a la determinación de la verdad

¹³ TARUFFO, obra citada.

¹⁴ TARUFFO MICHELLE, obra citada.

formal y la verdad real. No solo por producirse en el proceso jurisdiccional, puede desmeritarse la búsqueda de la verdad material.

b. "*El lugar que ocupa la verdad de los hechos en la teoría del proceso*: al parecer el proceso no tiene por objetivo buscar la verdad, pues la que realmente importa es la verdad que establece el juez como detentador del poder delegado del Estado, de esta forma la teoría de la prueba que centra su trabajo en el establecimiento de la verdad, choca frontalmente con la teoría del proceso que no tiene interés en este resultado".

2. Negación de la verdad

a. "*Imposibilidad teórica*: Es un problema filosófico y epistemológico, negamos en línea de principio el que se pueda establecer el valor verdad dentro del proceso jurídico. Esta posición al parecer incluye también el escepticismo filosófico de la incognoscibilidad de la realidad que plantean entre otros los Nihilistas".

b. "*Imposibilidad ideológica*: Este planteamiento ideológico tiene una diversidad de componentes entre los que extractamos":

i. "La verdad de los hechos no debe perseguirse porque choca con la ideología de la solución del conflicto, además en el proceso el valor fundamental es la libertad, la autonomía y la iniciativa, entonces queremos una decisión que satisfaga a las partes, que componga sus diferencias aún con dejación de algunos de sus derechos y por último puede agregarse que la búsqueda de la verdad tiene costos exagerados para un proceso judicial", ¿Cuánto tiempo debemos dedicar a hacer un buen interrogatorio? Cuánto tiempo nos lleva lograr un diálogo claro y sincero entre las partes?

ii. "Corresponde a la discusión de un proceso inquisitivo no dispositivo, ya que este sistema se concentra en la identificación y valoración de las versiones para saber cuál es la más apropiada, se cree que sólo el inquisitivo, que tiene una génesis lesiva y a las partes y un sabor a auto-

ritarismo puede buscar la verdad". Retomando la defensa que el proceso penal siempre ha hecho de la verdad material en nuestro medio jurídico, es impactante ver como el sistema con énfasis inquisitivo es abandonado por un sistema dispositivo como es el acusatorio, ahora la verdad entonces será la formal? O será que realmente no existía tal diferencia?

c. "*Imposibilidad práctica*: El juez no tiene los instrumentos cognoscitivos, ni el tiempo ni la libertad de investigar que requiere la búsqueda de la verdad. La frase expuesta por TARUFFO es: "Sería bonito pero no es posible". Además tenemos un sin número de procedimientos funcionales, determinados a una labor propia, tal como es y no tal como debería ser".

3. Irrelevancia de la verdad.

a. "La interpretación del proceso y de las actividades que en él se desarrollan, se gestan en clave retórica, es un juego persuasivo donde incluso del error se puede convencer". Ésta ha sido la tradición en el proceso judicial, el abogado convence, y es en este sentido en que se ha hecho carrera con el chiste aquél del abogado que libera a su cliente, y una vez lo ha hecho, le pregunta si era o no culpable del homicidio. ¿Qué respondió el cliente? Que habiéndolo escuchado ya estaba convencido de que no.

b. "El proceso es un sistema de aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos, pendemos altamente de la interpretación lingüística, de la narración de historias". Bien lo expone MUÑOZ SABATÉ en sus textos cuando habla de la valoración de conducta¹⁵, una demanda bien estructurada con buena argumentación es apreciada por el juez, el tono de la respuesta su agresividad, su fundamentación también llaman la atención del juez, y es así como la claridad, la fuerza, el

¹⁵ Al respecto consultar: MUÑOZ, SABATÉ LUIS. *Tratado de probática*. La prueba del hecho psíquico. Bosch. Barcelona. MUÑOZ, Sabaté Luis. *Técnica de la prueba*. Temis. 1999.

léxico indirectamente son valorados por el juzgador, y predeterminan beneficios al momento de decidir.

Enunciar el problema de la verdad y la prueba nos lleva a pensar con seriedad nuestras labores como operadores judiciales. No legitima nuestras labores ante la sociedad el presentar un proceso judicial como una pantomima, como una especie de mito jurídico donde el resultado no es la distribución objetiva y veraz de los derechos. Tenemos y queremos tener normas que sustenten el debido proceso, que precisen la enunciación de la prueba, que expongan la forma de valorarlas, pero no "creemos" en su eficacia.

Frente a esta realidad, debemos propender por fortalecer nuestra capacidad racional. En el proceso judicial ésta se muestra en la permanente labor de valoración de la prueba individual, de la conducta y especialmente debe mostrar su esplendor en la valoración conjunta de los medios de prueba que respetando las garantías del debido proceso, generará una decisión clara, contundente, entendible y objetiva.

Para lograr este gran cometido, podemos apoyarnos en una de las mejores herramientas jurídicas que tenemos, la estructura del indicio. Sabemos que la estructura del indicio por su complejidad genera inseguridad al momento de usarla en el proceso, pero su utilidad va mucho más allá del medio de prueba, es también una eficaz herramienta de valoración en conjunta para la prueba y la decisión judicial.

Para acercarnos a su comprensión nos apoyamos en unas ideas tomadas del trabajo de RODOLFO LLINAS¹⁶, que nos muestran como el indicio¹⁷ hace parte de nuestro diario vivir y es algo cotidiano en nuestra interrelación social:

¹⁶ LLINAS, RODOLFO. *El cerebro y el mito del yo*. Editorial Norma. 2003.

¹⁷ Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Espasa. 2001.

1. La predicción racional es una función primordial del cerebro humano, es parte de la inteligencia como estrategia de utilización de reglas tácticas y las propiedades del entorno. Es decir que el inteligente no es el astuto, no es el experto, es aquella persona capaz de adecuarse a un gran número de situaciones con un alto grado de eficacia. La realización de una decisión judicial como resultado de un DEBIDO PROCESO¹⁸ es uno de los grandes actos de inteligencia que puede realizar el ser humano, porque en ella no solo se procesa con eficiencia y eficacia un derecho perseguido, sino que puede alcanzar la efectividad a través del impacto social y el convencimiento del conglomerado.

2. La predicción intelectual es vital para los procesos humanos, sin ella no realizaríamos un gran número de nuestras funciones, sirve no solo al individuo sino también a la especie. Por ello se establece que es posible predeterminar los actos de nuestros congéneres, si nosotros mismos prediciamos lo que vamos a hacer, y todos los miembros de una misma cultura¹⁹ lo hacen, entonces al pertenecer todos al mismo ciclo de actividades damos lectura con relativa facilidad a los hechos de quienes nos rodean, incluso a principios de actuación no terminados o concluidas.

3. Conocemos, aprehendemos, porque el sistema nervioso anticipa mediante una rápida comparación las propiedades del mundo externo, éstas se transmiten por los sentidos y por la representación interna. Ésta es la dialógica que se aplica a las reglas de la experiencia y por ello autores como DELLEPIANE²⁰, le dan a todas las pruebas la categoría indiciaria. En otras palabras es conjugar las dos acciones del pensamiento humano cuando obtiene conocimientos: la inducción (extraer ideas a partir de determinadas experiencias parti-

¹⁸ Constitución Política, artículo 29:

¹⁹ MORIN, EDGAR. *El método. Las ideas*.

²⁰ DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*. Temis.

culares²¹) y la deducción (sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto general²²) que nos ha enseñado la epistemología.

La inteligencia, el entendimiento, el amplio discernimiento y las facultades comprensivas, son los elementos principales para el correcto análisis de la prueba como soporte del debido proceso. Son éstas las exigencias del sistema de valoración que denominamos "libre apreciación" en las reglas de la sana crítica y por esto afirmamos que nos acercan al estudio del indicio como herramienta que ayuda a construir la decisión judicial desde su estructura, donde los hechos indicadores, la inferencia y el hecho indicado, tendrían la siguiente lectura:

1. Hechos indicadores: corresponden al *factum* de la pretensión que quedaron debidamente probados, esto es ya han sido controvertidos. Además deben corresponder a una unidad circunstancial que sustente la historia: tiempo, modo y lugar y no pueden extraerse o validarse a través de prueba ilícita o ilegal. Es la correspondencia de la valoración conjunta que ordena el Código de Procedimiento Civil, pues la valoración individual de cada hecho sirve para darle peso, fuerza, veracidad pero su correspondencia con la norma jurídica se logra es luego de un acople colectivo y sustentado.

2. La inferencia: Hace acopio del análisis de los conectores reglas de la experiencia y la razonabilidad (lógica y dialéctica). Es el elemento más importante del ejercicio porque es el que cumple a cabalidad con el requisito de contradicción que conlleva un proceso debido.

Corresponde a la explicación que entrega el juzgador, el análisis de los hechos validados con aplicación real a la sociedad y a las condiciones del contexto en que se mueven los sujetos partes. La inferencia a través de la razón y la lógica le permiten al juez darse a entender, y a su vez le permite a las partes entender la fuente de la deci-

sión y controvertirla, es decir que violar este aspecto implica atentar contra la razonabilidad del debido proceso.

El mayor tropiezo que aquí se encuentra es la forma de extraer las reglas de la experiencia que debemos aplicar al hecho probado para explicar la consecuencia jurídica, y es que las reglas de la experiencia no se encuentran en un gran catálogo jurídico, no son un invento del legislador ni de los doctrinantes, corresponden más a la cultura (interacción con el entorno, huellas de memoria-aprendizaje después denominadas experiencia, interpretación social), al comportamiento (creación, apropiación y manejo del mundo creado por los procesos humanos y científicos) y a la memoria (interacción con el mundo, entrega de percepciones de hechos, capturados, conservados y retenidos para su procesamiento interior) del sujeto²³. Las reglas de la experiencia forman parte de aquel análisis sobre la anticipación que expusimos en líneas anteriores y tienen gran importancia porque no solo sustentan la decisión y la valoración conjunta de la prueba sino que sustentan la validez de las diversas etapas procesales y también del valor individual que se da a cada prueba.

Una vez hemos elegido las reglas de la experiencia correctas para el análisis racional, debemos alcanzar un grado de razonabilidad hipotético que nos permita presentar la idea como una verdad relativa, es decir una "verdad" pero que es sujeta a comprobación; apoyar el hecho probado y la regla de la experiencia en una sospecha, pálpito o conjetura significa desperdiciar nuestras capacidades porque estas instituciones son eminentemente superficiales, aparentes, rumoradas y de experimentación, contrario a la hipótesis del investigador científico que genera una convicción que le permite mostrar y sustentar un camino a seguir.

Este razonamiento implica un pensamiento ordenado, las ideas expresadas con claridad haciendo acopio de la proyección particular y universal del mundo (pensamiento inductivo-deductivo). Los malabares

²¹ Diccionario. *Ob. Citada.*

²² Diccionario citado.

²³ PARRA, QUIJANO JAIRO. *Manual de derecho probatorio.* Librería del Profesional. Bogotá.

lingüísticos no deben acompañar esta labor, pensar ordenadamente se traduce en escribir y exponer unas ideas ordenadas, claras, entendibles, por cualquier miembro de la sociedad, porque juzgar es un arte que en un Estado Social de Derecho, implica validación del componente social.

3. Hecho indicado: será la decisión del juzgador, bajo las reglas de la argumentación. Se afirma que la ciencia jurídica es una ciencia de razón por eso los preceptos de conducta los hemos sometido ya a los juicios de verdad en las etapas que nos anteceden. Argumentar la decisión es reconocer que existe una verdad fáctica, aunque susceptible de crítica (segunda instancia). Este sustento argumentativo tiene en nuestro medio jurídico altas implicaciones ya que nuestra educación dogmática y escolástica cartesiana, nos han llevado a vivir en fundamentaciones esencialistas (lo esencial es aquello que no tiene un razonamiento argumentativo), existen por sí mismas y no se explican, por tanto ahora se plantea la importancia de romper esta formación para dar a entender y soportar una decisión.

Por último debemos apropiarnos la argumentación en esta labor, haciendo uso de sus soportes racionales que son:

a. El principio de la dignidad humana. Cada individuo en un Estado Social de Derecho se considera un fin en sí mismo. Por ello el respeto de los derechos fundamentales, no puede ser superado por ninguna instancia procesal ni probatoria, sin que ello explique la incorrecta concepción de que el derecho sustancial prima sobre lo procesal, ésta es una dicotomía inexistente y mal expuesta a la comunidad académica y jurídica que debe revisarse.

b. La universalidad en el discurso. En la ciencia jurídica los actores debemos tener acuerdos muy claros del significado y alcance de las instituciones sustanciales, procesales y probatorias, por ello al explicarlas y utilizarlas generamos un producto entendible a la sociedad y por tanto legítimo. Es la época de la inter y la transdisciplinariedad, de enriquecer el derecho con las otras ciencias sociales, humanas y por qué no las exactas, pero en ningún momento puede esto contribuir a la disfuncionalidad lingüística del abogado y del juzgador.

c. La autonomía, porque somos seres libres, racionales y pensantes pero esta autonomía debe usarse bajo los aspectos de límite a la razón del otro y de la ciencia.

Estos principios son a su vez de las reglas de las argumentaciones expuestas por diversos teóricos del derecho:

1. Claridad y consistencia conceptual. Legitimidad.

2. Respeto de la lógica: Las reglas del silogismo jurídico son de obligatorio cumplimiento, sin embargo lo que no es correcto es pretender reducir toda la actividad judicial a ello.

3. Saturación. La cadena argumentativa requiere el estudio de todos los argumentos relevantes. Es la respuesta a la causa jurídica pretensional en el sentido de las fuentes formales obligatorias y auxiliares del derecho sustancial, más las garantías procesales de apoyo a su procesamiento y la prueba debidamente utilizada.

4. Consistencia y coherencia con los mismos y otros fallos. Continuación de la obra.

Errar en esta labor de realización práctica de la sentencia puede generar la controversia que permite la pretensión de corrección en la teoría argumentativa, y esta pretensión de corrección se sustenta desde la materia: Decisión acorde con los valores plasmados en las fuentes formales del derecho. Casos fáciles. Hubo error en la estructura de la causa jurídica pretensional.

En este caso se sustentaría la teoría del error en el indicio: desde el elemento hecho indiciador, falso juicio de existencia, cuando la configuración del hecho está falseada; falso juicio de identidad porque la apreciación de la prueba en forma individual que arrojó el valor al hecho indiciador, está sobredimensionada, es decir se le hizo expresar lo que no debía expresar; falso juicio de legalidad, porque en la apreciación de la prueba individual se detectó que era ilícita o ilegala.

En los errores que podemos enunciar no debemos olvidar el azar y la falsificación, el azar es tratado por algunos autores²⁴, indicando que hay cadenas que

²⁴ DELLEPIANE, ANTONIO. Obra citada.

pueden romperse pero que este rompimiento normalmente debe ser por esencia: caprichoso, imprevisible, y sobre todo escaso. La falsificación en cambio se puede presentar por razones de miedo, apremio, presión interna o externa, ésta lleva al montaje de los hechos como ciertos cuando no son correspondientes con la realidad ni con la verdad que queremos encontrar en el proceso. Nuestra sociedad puede enrostrarnos permanentemente este tipo de fenómenos porque el nivel de violencia y descomposición permiten que el proceso judicial sea permeado por los astutos, al respecto podemos encontrar: confesiones forzadas, testigos falsos, amenazas directas o indirectas al núcleo familiar.

Por último errar o pasar por alto la dimensión procedimental de las reglas de la argumentación, se asegura una decisión

incorrecta y arbitraria, si se utilizan no podremos asegurar la completud jurídica de la decisión. Aquí podríamos establecer el falso juicio de convicción, por indebida apropiación de la regla de la experiencia elegida; o porque el grado de razonabilidad aplicable fue errado, tomamos una conjetura como una hipótesis, lo cual choca con la regla de universalidad en la argumentación o porque la lógica conceptual no fue la correcta.

Esta propuesta comparativa entre el mito político y el mito jurídico de la prueba como sustento de la decisión judicial, pretende generar una reflexión en nuestras diarias labores y evitar la aplicación mecánica de la ciencia; vivámosla, recreemos sus instituciones y propongamos la máxima dimensión de un debido proceso probatorio.

LA DUDA COMO CONSTANTE DEL OPERADOR JURÍDICO

Dr. Luis Alonso Rico Puerta¹

SUMARIO: I. Preliminar. II. Interpretación jurídica. 1. El problema de la determinación ontológica del derecho y el método de conocimiento. 2. El sistema jurídico al cual pertenece el intérprete, y las fuentes del derecho que se consagran. 3. El modelo de estado dentro del cual se inserta el sistema jurídico. 4. El concepto de Constitución Política. 5. Los métodos de interpretación

I. Preliminar²

El presente trabajo, que podría juzgarse lineal, por describir históricamente las diferentes escuelas, métodos, elementos o criterios de interpretación, lejos de aspirar a formular una *conclusión correcta*, desea señalar la constante preocupación por lograr un sentido unívoco.

Esa linealidad, si se permite el término, se justifica sólo en la medida en que no pretende agotar la totalidad del problema hermenéutico. Por ello, se echará de menos, justificada o injustificadamente, la relación de las nuevas posturas sobre la racionalidad del derecho, la filosofía analítica, los lenguajes formalizados, ordinarios y el del legislador; la lógica formal, material y jurídica, la lógica del derecho y la lógica de las normas, la lógica de lo razonable, la Tópica de VIEHWEG, la retórica de PERELMAN, la racionalidad jurídica, el debate sobre Razón y Derecho, sobre el razonamiento jurídico, sobre el razonamiento Judicial y las nuevas teorías de la argumentación jurídica incluyendo las procedimentales de ALEXY, el problema de la

justificación jurídica, tanto interna como externa, el irracionalismo jurídico, lo mismo que el control de la actividad judicial como límites y posibilidades de la razón jurídica, pero ello, de suyo, escapa no solo a las fuerzas del autor ante la vastedad del tema, sino a la finalidad del trabajo.

Es de su espíritu denotar dos puntos esenciales: La duda como estado constante del operador jurídico, de allí el título, y la permanente e indiscriminada utilización o invocación de las diferentes escuelas, métodos o elementos hermenéuticos por los operadores jurídicos, sin reparar en que ellas están íntimamente ligadas con la definición exacta del ser del derecho, con el modelo de Estado y con el concepto de Constitución Política, lo cual, al ser obviado, resta rigor científico o disciplinario a la labor interpretativa.

II. Interpretación jurídica

La nota que mejor pareciera resaltar la dificultad de la labor interpretativa, es aquella que vincula la etimología del término al griego "*hermenia*" y a éste, en la mitología³ con el dios Hermes⁴, reconocido como mensajero de los dioses que tenía la labor esencial de interpretar sus mensajes, pero

¹ Tratadista y universitario.

² Las citas efectuadas en este trabajo, algunas de gran extensión, lejos de pretender apoyarse en el argumento de autoridad, constituyen el reconocimiento de que lo que está bien escrito y bien elaborado, debe dejarse así, en lugar de pretender una originalidad que después de veinte siglos resulta de difícil obtención (*Nihil Novum Sub Solem*) y con tal óptica sugerimos su lectura.

³ DANIEL TELMO "Algunas consideraciones acerca del concepto de hermenéutica", <http://www.fhmyar.unr.edu.ar>. Sin referencia editorial.

⁴ A Hermes se le reconocía en la mitología griega la calidad de dios mensajero, pero también de la elocuencia y de la enseñanza.

a quien se le reprochaba ser inexacto y mentiroso⁵, y quizás sólo por su carácter de deidad se le atribuyó, además del nombre de Hermes Trimegisto, la "autoria" de "los libros herméticos" para conciliar así su carácter divino con la exactitud que en tal calidad debía tener.

Esa vinculación, deliberada o no, pero feliz para denotar la dimensión del problema del hallazgo de un "único sentido posible" de un concepto, de un juicio, de una realidad, resalta también la verdadera importancia de la indagación permanente de quien quiere traducir la "esencia de un objeto"⁶ de conocimiento.

La religión, la historia, de la cual se dice que es escrita por los vencedores, la política, la sociología y en general, toda labor humana, ha sido regida por la pretensión de uniformidad, univocidad y seguridad hermenéutica, o por lo menos de aceptación mayoritaria o consensuada.

El derecho no escapa a ello. Pero dos dificultades agravan la obtención de una respuesta exacta sobre la labor interpretativa: La primera, que la interpretación no surgió inicialmente como un estructurado cuerpo teórico, sino que partió de la exi-

gencia de los hechos mismos, razón que llevó a los juristas a utilizar indistintamente métodos, sin dar mayor fundamento filosófico de su elección⁷ y la segunda, que la interpretación jurídica tiene función de normación social, lo que explica el carácter preceptivo de sus reglas⁸, y exige un rigor metodológico especial⁹, a diferencia de la social, histórica o sociológica que tiene carácter meramente cognoscitivo.

Siglos de reflexión sobre el tema, en lugar de conducir a lugar seguro, han demostrado tendencias oscilantes respecto del contenido, método e implicaciones, para llegar en ocasiones, al relativismo significativo de los términos o de las conductas, cuando no sobre el objeto mismo y sus elementos integrantes¹⁰.

De allí que el surgimiento de las escuelas y métodos interpretativos¹¹, haya pretendido garantizar una respuesta única del operador jurídico, o cuando menos lograr un *minimum* de certeza en su conclusión, puesto que interpretación y sentencia, son dos elementos de un acto único: La

⁵ Véase tesalia.metropoliglobal.com/mitologia/olimpo/hermes.htm.

⁶ Aludimos a objeto genéricamente, pues es evidente que en la ontología se reconoce la existencia de cuatro categorías: Ideales, reales, culturales y metafísicos, cada uno de los cuales demanda, por su estructura óntica, una peculiar labor hermenéutica.

Por su misma naturaleza, tales objetos no son susceptibles de un único método interpretativo ni tampoco de un único acto de cognición, razón por la cual circunscribimos el presente trabajo a los objetos culturales, es decir valiosos, entendiendo por cultura todo aquello que el hombre hace bajo valoración, o en palabras de ANTONIO GRAMSCI, "la superior conciencia de sí mismo". De allí que la interpretación tenga por finalidad desentrañar el sentido, el cual resulta siendo sinónimo de valor, que es tema de la axiología jurídica y por lo mismo elemento integrante e ineludible del derecho.

⁷ ENRIQUE AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA, JOSÉ VILANOVA, *Introducción al derecho*, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1972, pág. 464. Algunos (Diego López Medina, Interpretación Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, 2002, págs. 28 y ss.) atribuyen a SAVIGNY haber propuesto pasar del "arte de la observación", es decir, de la experiencia de observar cómo se interpreta, a la "Teoría de la Interpretación" entendida como sistema armónico para la labor hermenéutica.

⁸ TORRES VÁSQUEZ ANIBAL, *Introducción al Derecho*, Teoría General del Derecho, Idemsa, Temis, Segunda Edición, 2001, pág. 528.

⁹ Véase, LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, trad. de M. Rodríguez Molinero.

¹⁰ Véase, CALVO GARCÍA, MANUEL. *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Tecnos, 1 edición, Madrid, 1994.

¹¹ Véase, LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1963.

fijación de sentido, bien con carácter individualizado, o bien general.

Partiendo de la evidente dificultad señalada, cinco obstáculos insalvables, en principio, se oponen a la "unidad" y certeza interpretativa, pero paradójicamente, también la fusión de ellos, puede ser punto de encuentro de una solución intermedia:

1. La determinación ontológica del derecho, y el método de conocimiento del derecho¹²;
2. El sistema jurídico al cual pertenece el intérprete;
3. El modelo de Estado dentro del cual se inserta el sistema jurídico;
4. El concepto de Constitución Política;
5. Los métodos de interpretación.

1. El problema de la determinación ontológica del derecho y el método de conocimiento

El primer aspecto problemático¹³ de la interpretación está referido a la determina-

¹² "El término "derecho" no solamente no posee un sentido unívoco sino que su alcance es anfibológico; es decir, se puede camuflar en tantas acepciones como circunstancias. Esta complejidad y multiplicidad de concepciones del derecho incluyen: 1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo; 3) Resultado de las fuentes formales; 4) Ideal de justicia; 5) Sistema de normas e instituciones; y 6) Producto social o cultural. IÑER BENJAMÍN FLÓREZ MENDOZA, la concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica., Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 90, 2004.

¹³ Denominamos problema en el lenguaje de THEODOR VIEHWEG en *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1963, pág. 50 "a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución", concluyendo con una demostración, para distinguirlo del sistemático que sobre

ción del ser del derecho, puesto que sólo precisando sus contornos ontológicos, podrá establecerse su real entidad y sus implicaciones, porque aunque la cuestión sometida a interpretación o decisión, aparezca muchas veces idéntica, cada operador para fundamentar su decisión, tendrá que aproximarse al objeto con una muy personal cosmovisión y concepción del fenómeno jurídico, por lo cual no resulta igual la conclusión de quien estima que el derecho es sólo la ley, a la de quien cree que en la experiencia jurídica existen, adicionalmente, otros elementos esenciales.

La respuesta a ello, a grandes trazos, ha oscilado entre la distinción entre derecho y moral liderada por CRISTIAN THOMASUS (1655-1728) y KANT (1724-1804), el escepticismo jurídico de JULIUS VON KIRCHMAN (1847), pasando por el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo, hasta llegar, entre otras, a la actual tendencia neoconstitucionalista que pretende una especie de *eterno retorno* a la incorporación de una moral objetiva en el derecho, como propuesta para superar el iusnaturalismo, el positivismo y el formalismo; pero sin caer en un axiologismo ontológico.

Jusnaturalismo¹⁴, positivismo, realismo y neoconstitucionalismo, con visiones

la base de una estructura lógico racional intenta persuadir".

¹⁴ Bien bajo la forma Cosmológica; o Antropológica si deriva de la naturaleza humana; o Teológica si surge de la voluntad divina, o racionalista si se origina en la RAZÓN HUMANA como lo hacen derivar los partidarios de la TEORÍA JUSNATURALISTA RACIONALISTA que tuvo su cúlmen a principios del siglo XVIII y que sirvió de fundamento a la Revolución Francesa, o bien, "Un iusnaturalismo *ontológico, dogmático o radical*" que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretenden derivar valores y principios materiales universalmente válidos, y un iusnaturalismo *deontológico, crítico o moderado* que sin negar la juridicidad del Derecho positivo injusto, establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su

tradicionalmente irreconciliables han alejado a los operadores jurídicos de puntos coincidentes sobre el significado no solo del derecho, sino también de la interpretación¹⁵ en tanto que las posturas remarcan el contenido jurídico como preestatal, estatal, extraestatal, o fusión de aquéllas, respectivamente.

Suponer, como supone el iusnaturalismo, que el derecho positivo es mero trasunto de un derecho inmutable, grabado en el corazón del hombre, connatural a él, vigente per se, *preestatal*, constituido por un catálogo de normas que no han sido puestas, ni creadas ni promulgadas por un legislador positivo, y por lo mismo estructurado sobre la base de principios *a priori* de la razón, y deducible de idéntica manera por cualquier sujeto, cuya validez queda condicionada por la fidelidad que la transcripción normativa legal haga del primero, cuya preocupación fundamental es el hallazgo de la justicia, ligada inescindiblemente a la norma natural, de lo cual deriva la posibilidad de que una norma positiva no sea derecho en cuanto sea injusta para lo cual puede acudir a criterios morales o a la razón según la variable a la que pertenezca el operador jurídico, resulta inadmisibles para quien estima, como el iuspositivismo, que el objeto de estudio en esa ciencia son las normas positivas, elaboradas bajo las reglas de la lógica formal, creadas en tiempo y espacio por un legislador legalmente facultado para ello, por lo mismo de origen *estatalista*, sin que su centro de gravedad estribe en el problema

axiológico, el cual en sí mismo no deberá ser emprendido por esta ciencia, pues su validez no depende de problemas valorativos, de justicia o injusticia, de moralidad o de la razón, sino de la satisfacción de las condiciones formales y temporales previstas para su creación.

De allí que el positivismo, por lo menos en su tendencia más caracterizada, la legalista¹⁶, no se pregunta por el contenido (valor, conducta, etc.), sino por el cumplimiento de los requisitos necesarios para la existencia y validez del precepto, a lo cual suman la coercibilidad, la fuerza legítimamente organizada como nota que lo distingue del iusnaturalismo¹⁷.

Conforme con ello, las tareas axiológicas no deben ser emprendidas por el positivismo, pues su objeto es el estudio de la norma positiva, cuya creación y vigencia son determinadas por el acogimiento de los procesos legales, sin acudir para ello a contenido metapositivo alguno, sino con apoyo exclusivo en la realidad normativa, de allí que el derecho no es lo que deseamos que sea, la idealidad, sino el que es, el vigente, el creado por el legislador con poder coercible, es decir, la norma.

Bajo esas dos ópticas, tradicionalmente se ha tenido un operador jurídico con actitud y conclusiones diversas: El iusnaturalista que no tiene más límite que el hallazgo de la justicia, obviando, de ser necesario, la norma que la contrarie, y el juspositivista que aspira a una plenitud hermética conte-

¹⁶ Véase, ANDRÉS OLLERO, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Eder-sa, 1982.

¹⁷ BOBBIO, *Op. cit.*, pág. 147, define la norma jurídica como aquella "cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada", advirtiendo que "lo que nosotros denominados generalmente derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas", por lo que "una respuesta sensata... quiere decir que el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma".

substitución por un orden jurídico justo", según PÉREZ LUÑO, A-E; ALARCÓN CABRERA, C.; GONZÁLEZ-TABLAS, R.; RUIZ DE LA CUESTA, A. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1.997, p. 73, citado por ROBERTO-MARINO JIMÉNEZ CANO en "Un hipotético conflicto Ley-Justicia: ¿prevalencia?, Madrid (España), 15 de enero de 1998, sin referencia editorial.

¹⁵ Véase ALZAMORA VALDÉZ, MARIO, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10 edición, ed. Lima, Eddile, 1987.

nida en la propia estructura normativa, y por lo mismo la aplicación de la ley a un caso concreto.

Justicia y legalidad parecieran ser antítesis que sustentan una y otra posición, y por esa vía, la discusión sobre valores a la par que ha permitido inscribir al operador en una u otra corriente, ha implicado de paso, discutir sobre si la experiencia jurídica se agota o no en lo estrictamente normativo.

Esa indeterminación del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, consustancialmente ha incidido en la fijación del método cognitivo pertinente (¿Cómo se conoce el derecho?), pues la adscripción del derecho a la naturaleza, por lo menos en la etapa mágica del Jusnaturalismo¹⁸, o a la cultura en el positivismo, -en alguna de sus matizaciones-, determinaba irremisiblemente también el método de conocimiento, como posteriormente señaló KELSEN al formular la inicial antinomia entre ser y deber ser y distinguir entre ciencias regidas por cadena imputativa (ciencias sociales) y las regidas por leyes de causa y efecto¹⁹, las cuales eran estudiadas bajo el denominado, desde el renacimiento, método científico que en realidad era método de las ciencias naturales cuya improcedente aplicación al derecho hizo negar a KIRCHMAN la posibilidad de conocer éste.

Bien bajo el jusnaturalismo o al amparo del juspositivismo, la determinación del ser del derecho y por lo mismo del objeto de conocimiento ha oscilado entre la idealidad de la justicia, el mero texto normativo, las fuentes formales, las fuentes materiales o las personales cosmovisiones del juez, como se deduce de la enunciación de las diferentes tendencias en las que se denota que el problema bien podría reducirse al aspecto idiomático o gramatical; a indagar sobre la mayor o menor claridad del pensamiento expresado en la norma; a esta-

blecer cuáles son las reales proyecciones del juicio contenido en la hipótesis legal, etc.

Precisamente una tercera vía en el pensamiento jurídico, el realismo, con un evidente propósito de ruptura con el iusnaturalismo y el iuspositivismo, acude ya no a lo deontológico, es decir a la oposición entre lo ideal (justicia) y lo real formal (la norma), caracterizaciones ambas propias del iusnaturalismo y del positivismo, sino a la realidad social para deducir de allí las verdaderas reglas jurídicas que los hombres con sus conductas vivas crean o deshacen a cada instante con un evidente sentido de justicia.

De allí su planteamiento según el cual no existe derecho objetivo, pues el juez siempre es creador en tanto resuelve una controversia, con lo que se elimina el estatismo jurídico y al mismo tiempo la certeza reconocida como el eje de los ordenamientos jurídicos continentales, es decir la plenitud hermética, que es el mito que pretende destruir el realismo a fin de que el derecho sea una creación al mismo tiempo "permanente e imprevisible"²⁰. No obstante, BOBBIO señala que esa es una argumentación que resuelve la diferencia entre validez y eficacia al amparo de la reformulación de las fuentes del derecho, para negarle a la ley el carácter de fuente prevalente y enlistar como tal el derecho consuetudinario y el derecho judicial, con lo que se pierde de vista que no siempre la eficacia va acompañada de la validez, pues la simple repetición de un acto no lo vuelve per se jurídico²¹.

²⁰ BOBBIO *Op. cit.*, pág. 36.

²¹ En lo que respecta al papel creador del derecho que el realismo atribuye al juez, BOBBIO se pregunta si es verdadero derecho el derecho viviente o en formación, el que nace espontáneamente de la sociedad, a la cual recurren los teóricos de la corriente sociológica. Para tal efecto distingue entre fuentes de conocimiento y fuentes de calificación del derecho. El derecho vivo es pura y simplemente un hecho o una

¹⁸ Léase, animismo.

¹⁹ Véase KELSEN, HANS, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945.

el que está en la Constitución o los códigos sino el que los hombres hacen y realizan en sus relaciones efectivas y cotidianas, por lo que su origen es extraestatalista, "concepciones (que) están viciadas por el error del "reduccionismo" que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan. La primera y la tercera no logran ver el problema de la importancia de la validez; la segunda cree poder liberarse del problema de la justicia"²⁵.

El NEOCONSTITUCIONALISMO por su parte, en su tendencia más generalizada, con el propósito de superar tales escollos, elabora un concepto de derecho para efectos interpretativos, sobre la base de la disociación entre ley y constitución política, y por lo mismo entre método legal y constitucional, poniendo especial acento en los derechos fundamentales, adoptando una constitución axiológica normativa y por lo mismo "invasora" que pretende constitucionalizar la ley, dotando a los ciudadanos de instrumentos no solo para controlar el poder estatal sino para lograr la efectividad de sus derechos fundamentales, y estableciendo una relación entre derecho y moral pública objetivada.

Todas estas tendencias se encuentran representadas en las distintas Escuelas²⁶, métodos, elementos, criterios interpretativos, cualquiera sea el nombre correcto, pues la disputa se ha extendido también a la nominación de la labor o del instrumento, que hacen preguntar nuevamente, ¿Cuál es el camino seguro que conduce a la fijación de un sentido único?

La Teoría Exegética Tradicional²⁷ hacia la mitad del siglo XIX, punto de su mayor esplendor, por intermedio de Biondeau,

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en 1841 lo intentó exigiendo fundar las decisiones judiciales exclusivamente en la ley a la cual otorgaba carácter omnicompreensivo como lo proclamaba LAURENT al afirmar que "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete", pues éste no tiene por "misión hacer el derecho" el cual "está hecho (y) escrito en textos auténticos"²⁸ y por lo mismo ninguna incertidumbre puede existir, pues las leyes perfectas y completas, tenían el poder de dar solución preexistentes a la totalidad del conflicto.

Había de estarse en consecuencia a la ley²⁹, como trasunto de un derecho natural invariable, y a la voluntad del legislador especialmente cuando el texto fuera oscuro o dudoso, lo que implicaba recurrir al método gramatical y al lógico para desentrañar la intención del legislador, pues ésta afirmaba DEMANTE, es lo que constituye una ley. "El espíritu del legislador (es) una guía tan segura que a menudo es necesario hacerla prevalecer sobre sus términos, en el sentido de que no hay que admitir todas las consecuencias autorizadas por la letra de la ley, ni desechar todas aquellas que no resulten de ella clara y necesariamente"³⁰.

²⁵ La Escuela podría explicarse con las palabras de ANDRÉS OLLERO TASSARA, citado por RUIZ PÉREZ, (*Juez y Sociedad*), Temis, 1987, pág. 142.: "El intento de diseñar la labor judicial como una actividad rigurosamente técnica pretendía defender la seguridad del ciudadano, manteniéndolo a cubierto de toda manipulación subjetiva capaz de desvirtuar las previsiones legales que fundamentaron las expectativas personales. La realidad demostró que tal seguridad es ficticia, porque la ley no puede sustituir exhaustivamente al hombre. "Si el principal enemigo del hombre es él mismo, no es menos cierto que el hombre es insustituible en su papel de defender al hombre". La negrilla es ajena al texto.

²⁶ Véase VERNENGO, ROBERTO J, *La interpretación literal de la ley*, 2 edic, Buenos Aires, Edit Abeledo Perrot, 1994.

²⁷ Cita de AFTALIÓN y otros. *Op. cit.*, pág. 470.

²⁵ BOBBIO. *Op. cit.*, pág. 27.

²⁶ Véase RICO PUERTA, LUIS ALONSO. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, Editorial Leyer, 2000, páginas 79 a 86.

²⁷ PACHECO, MÁXIMO, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 380.

Ya ante la dificultad objetiva de indagar por la voluntad del legislador dado el problema de mayorías y minorías de los cuerpos legislativos, pretendieron establecer "el espíritu de la ley" incurriendo en el evidente error de creer que las leyes son ordenes o tienen voluntad³¹.

De allí que la exégesis juzga impropiciente consultar las costumbres sociales, la historia y la realidad económica, pues frente a la ausencia de norma expresa, la solución es la aplicación analógica o los principios generales del derecho, tales como "donde la ley no distingue, no le es dado al interprete hacerlo", "cesando las razones de la ley, cesa su disposición", "lo que se dice de una cosa, se niega de otra, la inclusión de una excluye a la otra" denominado argumento a contrario sensu, con lo que terminó admitiendo tácitamente la insuficiencia de su solución, pues más que exégesis, en tales eventos reclamaba sistemática o principialística.

La exégesis, por su propia insuficiencia, alberga en su propio seno el surgimiento de la ESCUELA DOGMÁTICA, liderada por SAVIGNY para quien como afirma AFTALIÓN³², las leyes no son hechos sino significaciones lógicas y por lo mismo, el derecho no se reduce al simple texto legal sino que está elaborado por el espíritu histórico del pueblo, el cual tiene carácter dinámico, no estático, razón por la cual, la costumbre, ya no la ley, ha de ser la fuente principal del derecho. La ley entra a jugar el simple papel del reflejo de ese espíritu, es decir, de la costumbre, y por eso a diferencia de los exegetas que centran su labor en la ley y en la intención del legislador, en cuanto hechos, es decir, datos empíricos, la dogmática centra su ejercicio en la ley no como dato sino como significación objetiva, lógica, es decir, como razón.

Concordante con ello, SAVIGNY propone como elementos (no métodos) de interpretación de la ley, advirtiendo que no se trata

de cuatro procedimientos a elegir sino de elementos que deben concurrir para lograr una única interpretación³³, el gramatical para precisar el lenguaje legal, el lógico cuya finalidad es descomponer el lenguaje normativo para deducir las relaciones lógico formales existentes, el histórico basado en los antecedentes de la disposición y las causas sociales, políticas, económicas de su adopción y las variaciones que la misma institución ha tenido en el tiempo, y finalmente el sistemático, que relaciona las normas entre sí de acuerdo a la institución que regule para deducir la unidad totalizante de los conceptos, es decir, una estructura "caracterizada por una formación de conceptos (generales) y por precisas delimitaciones conceptuales (especiales), (con reglas de) supraordenación y subordinación de los conceptos, su oponibilidad o compatibilidad, así como la distribución del conjunto de las materias."³⁴

La preocupación fundamental de SAVIGNY fue el análisis de la "vida histórica del derecho", su desenvolvimiento en el tiempo y el análisis de las circunstancias que determinaron su expedición, lo cual fue complementado por SALEILLES que reclamaba la aplicación de la ley no solo a los antecedentes y las exigencias económicas que motivaron en un momento dado su sanción, sino también a la nuevas exigencias determinadas por la evolución social, pues reconoce a los textos una existencia autónoma e independiente de los antecedentes de los que se emancipan al ser promulgadas. "Las leyes se vinculan, es cierto, a las necesidades que las hicieron surgir, pero como estas se transforman, debe elegirse entre las varias transformaciones de los textos legales las que estén más en armonía con esas transformaciones". Preconiza "recurrir a los elementos externos de la ley, a las costumbres, a las

³³ AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 477.

³⁴ KARL LARENZ, *Derecho civil, parte general*, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Unidas, 3 ed. 1975, pág. 38.

³¹ AFTALIÓN y otros. *Op. cit.*, pág. 471.

³² *Op. cit.*, pág. 475.

necesidades de la vida económica, a las concepciones morales, a las modificaciones de las relaciones sociales³⁵, de allí su expresión "Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil"³⁶.

DOGMATISMO CONCEPTUALISTA: Paradójicamente, a pesar de su reclamo de una especie de legalidad histórica, el elemento lógico y por lo mismo ahistórico de su propuesta terminó prevaleciendo según AFTALIÓN, en algunos de sus seguidores dando lugar al DOGMATISMO CONCEPTUALISTA, elaborado por la ESCUELA DE LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS que redujo la labor hermeneútica a un mero procedimiento lógico abstracto, contra lo cual reaccionó RUDOLPH VON IHERING prohijando el surgimiento de la JURISPRUDENCIA DE INTERESES basada sobre el concepto de fin o teleología, que a su vez sirvió para acufiar su definición de derecho subjetivo, como el de interés jurídicamente protegido.

La pretendida "solución correcta" que postulaba SAVIGNY fue combatida por RUDOLPH VON IHERING reclamando no solo una interpretación finalista orientada a indagar por el fin contenido en la norma, sino también por sus consecuencias, con el propósito de establecer si el precepto efectivamente conducía al fin previsto en la disposición legal, originando así la tendencia antiformalista de la interpretación, que puede afirmarse como la génesis lejana de la ponderación y de la necesidad de los test de razonabilidad que hoy se reclaman de la interpretación constitucional.

Las críticas³⁷ formuladas a VON IHERING se hicieron consistir esencialmente en que la ley no tiene fines, pues estos son exclusivos de los seres humanos, amén de que una institución jurídica a pesar de "perse-

guir un único fin, puede ser utilizada para otros diversos, señalando como ejemplos el contrato de sociedad que puede utilizarse para aunar a los otra persona o para defraudarla, evento este denominado "fin no querido por la ley".

De otra parte se agrega como cuestionamiento a VON IHERING, que la ley en si misma no es un fin, es apenas un medio para lograr aquél, pero puede ocurrir que el destinatario de la ley lo inobserve, presentándose el evento de que ella no conduzca a ningún fin. Por eso en lugar de hablar de teleología, de fines de la ley o de su carácter instrumental o de medio, debe reconocerse que la ley es simplemente un esquema de interpretación, pero reconociéndole a dicha tendencia "el mérito eminente que importaba su afán *por acercar el derecho a la vida*, mérito que tampoco hay que retacearle por la circunstancia de que no alcanzara a percibir la indole axiológica y no teleológica de los problemas en torno a los cuales rondaba"³⁸.

El pretendido material de certeza que proveía la exégesis resultó insuficiente por sí solo, como lo demostró LA ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA de FRANCOISE GENY al negar a la ley su papel de única fuente del derecho, y reivindicar el de las fuentes materiales y formales del derecho: La costumbre, la jurisprudencia y la libre investigación científica³⁹.

En un alejamiento del mero texto normativo como centro de gravedad de la labor hermeneútica, reclama una interpretación fundada en la autonomía de la voluntad, en el orden y el interés públicos y en el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos, auscultando además los problemas concretos y reales que el Estado pretende resolver, para lo cual han de

³⁵ AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 476.

³⁶ La frase también se encuentra atribuida a GENY por LUIS RECASENS SICHES, en *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Editorial Porrúa S.A., Primer Tomo, Primera Edición, pág. 27.

³⁷ Véase AFTALIÓN, *Op. cit.*, págs. 478 y ss.

³⁸ AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 479.

³⁹ Tal denominación surgió por "no estar sometida a una autoridad positiva y porque solamente puede encontrar bases sólidas en los elementos objetivos que descubre la ciencia". PACHECO, *Op. cit.*, pág. 383.

estudiarse las circunstancias de tipo social vigentes al momento de la decisión, para lograr una interpretación en *tiempo real*, no en *tiempo legislativo*.

Aunque esta Escuela reconoce que la interpretación parte de la ley para fijar su sentido y validez material, también encuentra necesario indagar por la voluntad legislativa al momento de su expedición, recurriendo para ello a elementos externos tales como los antecedentes históricos, trabajos preparatorios, etc.

Como solución ante la falta de ley, o cuando la existente dejó de ser aplicable, el juez puede crear la ley acudiendo a las fuentes formales tales como la costumbre, la jurisprudencia o a las no formales entre ellas la naturaleza positiva de las cosas, que es finalmente a lo que se ha de denominar libre investigación científica.

No obstante, tal propuesta no está exenta de críticas, tales como su inicial sujeción a la ley con lo que regresa a la exégesis. Igualmente se le cuestiona que su solución para los casos de vacíos, es la de recurrir a un "impreciso iusnaturalismo metafísico", que algunos denominan "Filosofía del derecho no académica"⁴⁰.

A pesar de admitirse como postulado esencial de esta tendencia que la ley no es todo el derecho, su solución al problema interpretativo la logra acudiendo al fácil expediente de la costumbre y de la naturaleza objetiva de las cosas, influyendo entre otros al Código Civil Suizo que previene que "La ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. En todos los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviera que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada"⁴¹. No obstante, esta última solución apoyada en la aplicación de la costumbre, pierde de vista que ella no

siempre es expediente procedente pues en ocasiones existe prohibición expresa como en penal y aplicabilidad condicionada por la previa autorización legal, como ocurre con nuestro Código Civil.

Posteriormente, la ESCUELA DEL DERECHO LIBRE, cuyos antecedentes se encuentran en las sentencias dictadas a fines del Siglo XIX por el célebre Magistrado francés PABLO MAGNAUD, Presidente del Tribunal de Chateau Thierry, llamado "El buen juez" reclama una interpretación humanística de la ley, bajo la proclama de la solidaridad humana, autorizando apartarse discrecionalmente, en ocasiones, del estricto marco normativo, cuando éste resulte materialmente inválido o abiertamente injusto.

HERMÁN KANTOROWICZ en su obra "La Lucha por la Ciencia del Derecho", admite el antirracionalismo y antidogmatismo de la verdadera ciencia del derecho. Postula como criterios básicos, el rechazo a la tesis de la suficiencia de la ley, y la afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de aquélla, una labor personal y creadora, aproximando cada vez más la función del juzgador a la actividad legislativa, siendo aquélla la productora de todo el Derecho y por tanto, su primera fuente, transformando al funcionario jurisdiccional en verdadero legislador, en cuanto no lo somete a los esquemas normativos de carácter general, es decir no sometido al derecho estatal, sino a su propia razón, lo cual entroniza un subjetivismo absoluto.

Por su parte, la TENDENCIA SOCIOLOGICA propone otra solución sustentando su base interpretativa en admitir que la vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas, puesto que los intereses que han de dirimirse presentan multitud de matices diferenciales entre sí, en número tan grande, en variaciones tales, que ninguna norma puede expresarlos⁴², como señala EUGENIO EHRlich⁴³.

⁴⁰ LUIS RECASENS SICHES, Op. cit., pág. 26.

⁴¹ Cita de AFTALIÓN, Op. cit., pág. 482.

⁴² "Uno de los elementos del mito del Estado era el dogma de la plenitud. Se comprende así que la sociología haya podido suministrar

Coincidente con la concepción de EHRlich, la TEORÍA DE LA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA⁴⁴ liderada, entre otros por el juez norteamericano OLIVER WENDELL HOLMES, BENJAMIN R. CARDOZO⁴⁵ y ROSCOE POUND, señala la deficiencia del mero razonamiento deductivo para evaluar las circunstancias específicas del caso, y afirma que sólo una cabal comprensión y correcta ponderación de las realidades y necesidades sociales, las doctrinas políticas predominantes y las convicciones

elementos críticos a los nuevos juristas empeñados en luchar contra las diferentes formas de jurisprudencia aferradas al dogma de la estatalidad y de la plenitud del derecho. Al fin de cuentas, la conciencia que se estaba formando con el desfase entre derecho positivo y realidad social, se reforzaba con el descubrimiento de la importancia de la sociedad frente al Estado, y encontraba en la sociología un punto de apoyo para contrarrestar las pretensiones del estatismo jurídico⁴⁶.

"En el ámbito más vasto de la sociología, se formó una corriente de sociología jurídica, de la cual ERlich... es uno de los representantes más autorizados. En sus albores el problema de la sociología jurídica fue principalmente demostrar que el derecho era un fenómeno social, y que, por tanto, la pretensión de los juristas ortodoxos de hacer del derecho un producto del Estado era infundada y conducía a varios absurdos, como el de creer en la plenitud del derecho codificado. Las relaciones entre la escuela del derecho libre y la sociología jurídica son muy estrechas: son dos caras de la misma medalla. Si el derecho era un fenómeno social, un producto de la sociedad (en sus múltiples formas) y no solamente del Estado, el juez y el jurista debían deducir las reglas jurídicas adecuadas a las nuevas necesidades del estudio de la sociedad, de la dinámica de las relaciones entre las diversas fuerzas sociales y de los intereses que éstas representaban, y no de las reglas muertas y cristalizadas de los códigos". BOBBIO, Op. cit., pág. 215.

⁴³ PACHECO, Op. cit., pág. 385.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 386.

⁴⁵ Véase CARDOZO, BENJAMIN, *La naturaleza de la función judicial*, trad. De E. Ponssa, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955.

explícitas o implícitas sobre el interés público que en ellas imperan, han de determinar la real eficacia de los fines del derecho.

CARDOZO afirma que "el juez por su profesión de abogado, ha sido entrenado en la lógica: Pero acude a la lógica si ella le permite decidir el caso conforme a justicia, razonablemente. La lógica tiene límites; no avanza sin cesar. El juez no sigue a la lógica en forma indefinida, porque hay un momento en que ella da frutos lógicos, pero no frutos justos. Cuando se para la lógica, entra a obrar la historia (y cuando ésta tampoco da una respuesta justa) se deben computar factores presentes, los datos de la realidad, los intereses y los valores sociales"⁴⁶.

Para el REALISMO JURIDICO⁴⁷ por su parte, el derecho efectivamente real no es

⁴⁶ BENJAMIN CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*, trad. de E. Ponssa, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, citado por VÁSQUEZ TORRES, Op. cit., pág. 879.

⁴⁷ Aludimos al realismo norteamericano, puesto que existe otra variante del mismo denominado Realismo Escandinavo, cuya conceptualización se atribuye a AXEL HÄGERSTRÖM quien reconoce en el derecho un complejo de fenómenos psicológicos, de allí que también se le denomine "realismo psicológico", refiriendo la vigencia de la norma a la aceptación por parte de la conciencia jurídica popular, lo que implica una investigación sico-sociológica para concluir al respecto. Por su parte, KARL OLIVECROMA recurre a la sinonimia de derecho, misticismo y pensamiento mágico para explicar el fenómeno jurídico, pues "las normas jurídicas son ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas en situaciones imaginarias", esto es, "son esquemas ejemplificativos de conducta" que se seguirán si es que existe una motivación para ello. De allí que sea improcedente predicar deberes y derechos, pues lo decisivo son las emociones psicológicas que tales expresiones suscitan en la gente y que influyen en su comportamiento, de allí que el lenguaje de las normas no puede pretender ser científico por no ser susceptible de verificación, ya que lo único científico es el discurso sobre los hechos, de allí

que la ciencia jurídica sea una combinación de sicología y sociología jurídicas.

ALF ROSS, también representante del realismo escandinavo y quizá el más destacado, admite la existencia de dos discusiones filosóficas sobre el "derecho vigente": La primera que tiene lugar entre "el idealismo metafísico y el realismo científico" y la segunda entre "el realismo psicológico y el realismo conductista".

Respecto del idealismo metafísico, encuentra dos variables: El idealismo material del iusnaturalismo, y el idealismo formal de KELSEN, concluyendo que "...la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la vigencia del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales".

En lo concerniente a la discusión en torno al derecho vigente, ROSS busca una síntesis entre el *realismo psicológico* de la escuela escandinava y el *realismo conductista* norteamericano. Concluye que aunque las teorías realistas están acordes en determinar la vigencia del derecho conforme a la efectividad de las normas jurídicas, la diferencia estriba en que el *realismo psicológico* deduce la realidad del derecho de los hechos psicológicos, es decir, en la aceptación de la norma por la conciencia popular, y en cuanto el juez aplica esa norma significa que ese hecho derivado, es una consecuencia de la conciencia jurídica popular, por lo que el criterio efectivo para precisar la vigencia del derecho no es la aplicación de la norma sino la conciencia que está detrás de esa aplicación, pero ello tiene el inconveniente de que la conciencia jurídica no tiene contenido general sino individual, y así el derecho termina en el mismo plano de la moral.

Por el contrario, el realismo conductista, "encuentra realidad del derecho en las acciones de los tribunales. Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como la base de sus decisiones, dice Ross. Mientras el realismo psicológico "define la vigencia del derecho de tal manera que tenemos que decir que el derecho es aplicado porque es vigente, la teoría conductista define el concepto de tal manera que tenemos que decir que el derecho es vigente

el declarado en las leyes, ni el que los jueces dicen en sus fallos, sino lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. El derecho es el modo real como los jueces se

porque es aplicado", agregando que no es posible "hacer una interpretación puramente conductista del concepto de vigencia, por cuanto no se puede predecir la conducta del juez mediante una pura observación externa de la costumbre", de allí que para efectos de lograr una "interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista", reconociendo que el derecho es a un mismo tiempo norma y fenómeno jurídico; y por lo mismo su estudio corresponde, respectivamente a la ciencia del derecho que dirige su atención al contenido abstracto de las normas tratando de descubrir el contenido ideal que funciona como un esquema de interpretación para el Derecho en acción, y la sociología jurídica que atiende al Derecho en acción.

Precisamente por ello, no acepta la idea de validez a priori en virtud de la cual el derecho antecede a los hechos, o está por encima de ellos. Por la misma razón, no puede existir un concepto a priori de justicia como guía para la legislación, por lo que ha de examinarse todo ello con relativismo, es decir, con valores hipotéticos aceptados por grupos influyentes en la sociedad. Por idéntica razón, el conocimiento jurídico no puede ser un conocimiento normativo específico expresado en proposiciones de deber ser.

Para Ross, el "Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias" por lo que "El derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua", admitiendo sí que las normas se escinden en normas de conducta y normas de competencia. TORRES VÁSQUEZ, *Op. cit.*, págs. 880 a 884.

comportan, por lo que resulta decisiva su personalidad, puesto que para que el derecho tuviera plena uniformidad, continuidad y certeza, sería necesario que todos los jueces fueran iguales y tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales.

Por esa misma razón, el derecho se perfecciona, no en virtud de las normas jurídicas, sino por la acción de seres humanos concretos que son los jueces, siendo la personalidad del juez el centro de gravedad del proceso interpretativo y creador, pues él crea Derecho, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes que lo condicionan⁴⁸.

BOBBIO identifica tres periodos de formulación del realismo jurídico: El primero con la Escuela Histórica de FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY (1779- 1861), y su continuador Federico Puchta; el segundo periodo de la reacción antiusnaturalista y antiformalista denominada concepción sociológica del derecho cuyos abanderados esenciales en la Escuela del Derecho Libre son KANTOROWICZ en Alemania, GENY en Francia, EUGENIO EHRLICH, FELIPE HECK y su jurisprudencia de intereses. El tercer periodo es el antiformalismo que es la concepción realista o judicialista del derecho, mayoritariamente expuesta en Estados Unidos siendo su inspirador OLIVER HOLMES y ROSCOE Pound, seguidos por JEROME FRANK, con un espíritu mucho más libertario que aquellos.

Por su parte, MIGUEL REALE había advertido sobre la TRIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO O CONCEPCIÓN CULTURALISTA, en cuanto elabora su realismo crítico, en el que el derecho es real y positivo, para lo cual excluye la pureza kelseniana. La realidad se orienta a ligar el derecho al poder político, lo cual es explicado desde lo positivo, es decir, desde el ordenamiento jurídico, pero connotándolo como institución y no como un simple conjunto de normas, sino por el contrario como orden social, por lo que el orden jurídico es tomado como

institución, no como derecho preexistente como lo afirma el iusnaturalismo ni como el simple dato normativo como el iuspositivismo, sino referido a la sociedad, para lo cual hace prevalecer realidad sobre forma; en cuanto el sólo dato fáctico sin connotación normativa no es derecho, al tiempo que las normas sin referente real tampoco.

De allí llega a concluir que los hechos sociales y los valores tienen una relación directa con el esquema normativo, pues prescindiendo de éste, aquellos quedan sin significación real, en tanto que el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica no es distinto a los hechos valorativamente conceptuados en la norma, no obstante lo cual la solución final del problema no parece ser satisfactoria en cuanto no da razón clara cómo se vincula la racionalidad del legislador a los efectivos valores sociales, diluyéndose así el problema valorativo real en uno de instancia de poder, puesto que tales valores no se deducen de la realidad social, sino de la conceptualización que en tal sentido efectúa el legislador.

En una postura completamente contraria, KELSEN, como cabeza visible de la ESCUELA DE VIENA⁴⁹, en su propósito de diferenciar cultura y naturaleza, Ciencia Natural y Ciencia Jurídica, ser y deber ser, iusnaturalismo e iuspositivismo, excluye el tema de los valores y el de la sociología jurídica, pues el propósito de las ciencias sociales normativas, de la ciencia jurídica, es determinar el derecho como norma, como sistema de normas, el conocimiento y descripción de normas jurídicas y las relaciones entre los hechos que ellas conceptualizan, y por lo mismo no es ciencia de hechos, de conductas reales tal y como acontecen, sino de la estructura lógica y formal de los supuestos normativos, como juicios hipotéticos⁵⁰.

⁴⁹ *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Edit: Losada, 1946, pág. 171.

⁵⁰ Como señala AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 51, KELSEN realizó algo que todavía no habían logrado los juristas: poner en claro en qué

⁴⁸ PACHECO, *Op. cit.*, pág. 388.

consiste la normatividad del derecho. Mostró que se trata de nada menos que una peculiar manera de pensar o conceptualizar dichos datos, la manera imputativa, que nos los presenta enunciativamente -como algo que es-, sino imputativamente -como algo que debe ser-. Con ello, quedaban magistralmente puestas las bases de una lógica distinta de la vieja lógica del ser: La lógica del deber ser. Tal es el título magno que puede exhibir el iusfilósofo vienes y que le granjea un lugar de privilegio en la historia de las ideas jurídicas. KELSEN es por lo tanto, el autor decisivo en lo que atañe al análisis del pensamiento jurídico, a la *lógica jurídica*.

"En cambio no puede decirse lo mismo de este autor por lo que hace al objeto al que dicho pensamiento se refiere. Pese a que en sus obras se menciona con insistencia a la conducta como *contenido o materia* de las normas, pese a que sostiene la esclarecedora tesis de que la norma funciona como *esquema de interpretación* de la conducta, el maestro vienes ha guardado durante largos años un sospechoso silencio sobre los temas de la *ontología jurídica*, resultando esta misma palabra completamente ajena a su vocabulario... (en su visita a la Argentina en 1949) "ha terminado por rechazar la tesis de que su teoría pura es sólo lógica jurídica, y la de que la conducta constituye el objeto del saber jurídico, rango que corresponde, según su opinión, a la norma jurídica". "Mal podríamos atacar a un iusfilósofo por no haber cerrado el círculo de sus especulaciones. Justamente el papel que corresponde a COSSIO en la inacabada e inacabable trama histórica de las ideas jurídicas consiste en haber ahondado la investigación en el lugar mismo en que flaqueó o se detuvo el pensamiento de KELSEN; en la consideración de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, que es el objeto conceptualizado imputativamente por esas normas jurídicas cuyo secreto había revelado el maestro vienes" La negrilla es ajena al texto original.

Lo anterior bastaría para reflexionar un poco más sobre la ordinariamente superficial crítica descalificadora de la obra de KELSEN que a partir de 1991 ha cobrado mayor fuerza en nuestro medio. Parece ya un lugar común que se le juzgue no por lo que dijo sino por lo que no dijo o no elaboró expresamente en su teoría. Pierde de vista quien así procede que la verdad, "la nueva verdad" tiene como base ineludible los aciertos y los errores científicos antecedentes, y

así en muchos casos la *verdad nueva* no es más que la reelaboración de la "*vieja verdad*" o del "*viejo error*", según se le quiera mirar.

En sentido coincidente, CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD en "Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el Estado moderno democrático desde el punto de vista de la teoría normativa de HANS KELSEN", Anuario de Filosofía jurídica y social 1988. Lecturas de Filosofía jurídica chilena del siglo XX, afirma: "La crítica de la concepción kelseniana del derecho y del Estado, a nuestro juicio, no ha sido capaz de extraer las mejores consecuencias ni prácticas, desde la óptica de una praxis consciente, ni filosóficas y menos, científicas, que de su sistema se derivan. A lo sumo, se la ha plegado como una justificación de orden ideológico jurídico a una rutinaria técnica interpretativa en el ámbito exclusivo y profesionalizante de la dogmática jurídica. Tal ha ocurrido desde el ejercicio del poder. Sus oponentes de la cátedra universitaria, de inevitable impronta jusnaturalista, en vez de extraer la riqueza metodológica que vertebraba una interesante y novedosa teoría racional del mundo del derecho, tras el enorme desprestigio en que la han sumido los primeros, optan por ignorarla, cuando no le reprochan un exagerado formalismo sino una ausencia de moralidad manifiesta.

En nuestro medio, por una parte, no son pocos quienes se nutren de un modo más o menos sistemático en la vertiente del normativismo jurídico, sobre todo debido, quizás, al relativo desarrollo de tipo formal o de carácter orgánico de nuestro ordenamiento jurídico nacional y, al franco grado de hermeticidad interpretativa que ha alcanzado el derecho chileno, incluidas, por cierto, las crisis profundas y recurrentes que aquél ha experimentado en el correr de la presente centuria. Por otro lado, a dicha tendencia, que pudiéramos calificar de minoritaria o parcialmente circunscrita a algunos importantes departamentos de investigación universitaria, no le es ajena tanto la raíz romanística y francesa de nuestro derecho como el carácter de su formalización escrita que consecuentemente reviste.

Con todo, permítasenos señalar que echamos de menos una inserción real de la teoría normativista del derecho allí donde, precisamente, está ella convocada a producir sus más ricas y dilatadas consecuencias, esto es, en la

KELSEN expresa que "Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos: El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que se garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es sin embargo ilusoria..."⁵¹

Antes que método, KELSEN reclama indagar sobre en qué consiste la tarea interpretativa y refuta el método excesivamente intelectualista en que se ha convertido esa labor, traducida en determinar simplemente el marco de posibilidades de conducta o de conclusión que ella contiene, perdiendo de vista que el juez al decidir realizar un acto de voluntad y por lo mismo de creación del derecho de norma individualizada, de allí que a los métodos tradicionales de interpretación les niegue el carácter científico para adscribirles la categoría de ideologías, es decir, como afirma AFTALIÓN, un acto puramente político-axiológico.

Contrario a ello, la CONCEPCIÓN ECOLÓGICA DEL DERECHO DE CARLOS COSSIO⁵², para reformular o completar, según se quiera, la tesis Kelseniana y sin duda superar la lógica jurídica elaborada por éste para pensar el derecho, reconoce en el derecho una tridimensionalidad integrada por la norma, la conducta y el valor.

práctica misma del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Al placer estético que nos depara la contemplación de una sólida construcción teórica debe, necesariamente, seguirle un espíritu práctico, un verdadero afán, científicamente fundado, por plasmar en la propia facticidad del derecho el servicio que aquella teoría puede prestar en función de la realidad para la cual fue, sin lugar a dudas, concebida".

⁵¹ PACHECO, *Op. cit.*, pág. 388.

⁵² *Ibidem*, pág. 395.

Sobre esa base, reclama como objeto de conocimiento del derecho la conducta en interferencia intersubjetiva, es decir, conducta en libertad, "libertad creadora que se fenomenaliza en el tiempo existencial"⁵³, para lo cual se apoya en la fenomenología, entendida como "la filosofía de la cultura y el existencialismo".

El tributo de COSSIO a la elaboración de la ciencia jurídica se estructura sobre la base de dos grandes elementos: La lógica jurídica con que se piensa el derecho, para lo cual se remite a KELSEN y la determinación de su objeto, que ya no será la norma ni la conducta en su ser que puede ser objeto de otras disciplinas, sino la conducta en libertad que esas normas mientan. Distingue en consecuencia a la norma como concepto, y a la conducta como objeto. De allí que "el derecho como objeto real a estudiar, no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada"⁵⁴.

Su aporte, y en esto seguimos a AFTALIÓN, consiste en señalar que los datos normativos en ocasiones aluden a objetos ideales (números), naturales (aluvión, avulsión, muerte, nacimiento), o culturales (lo obsceno), distinción que impone, para elaborar una verdadera ciencia de la interpretación, tener en cuenta la naturaleza del objeto a fin de determinar consecuentemente el método de conocimiento propio y por lo mismo adecuado. Concluye que sólo puede haber interpretación correcta de un objeto natural utilizando el método empírico inductivo, de uno ideal, acudiendo al racional deductivo y de uno cultural, aplicando el empírico dialéctico, el cual, este último, que por su misma entidad impone ir de la realidad "hacia el ideal histórico positivo perfilado por las leyes y capaz de darle sentido, en cuanto la conducta es un objeto de experiencia y valioso, es decir, aquél que las leyes en cuanto conceptos o significaciones siempre están mentando"⁵⁵.

⁵³ AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 61.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 57.

⁵⁵ COSSIO, *El Derecho en el derecho judicial*, pág. 155.

La consecuencia más evidente que se deduce de la concepción Ecológica es que la interpretación ya no consiste en estudiar el marco de posibilidades contenidas en el dato normativo, sino en determinar "a cuáles hechos de conducta deben ser referidas concretamente las normas legales⁵⁶", quedando convertida en tarea axiológica y no en una labor estrictamente lógica a la que la habían reducido las escuelas anteriores.

Para dar sentido global a su conclusión, en su obra "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad⁵⁷", formula tres principios esenciales: La ley es un consejo, no es el Derecho; no se interpreta jurídicamente la ley en cuanto lenguaje, sino siempre la conducta mediante la ley o a través de la ley; y, finalmente, el juez es inmanente al ordenamiento jurídico, "al punto de ser indudable que el Derecho, en parte, es el propio hecho del juez, quien debe escoger, dentro del género legal, la especie con que sentenciará al realizar dialécticamente su elección de las circunstancias del caso"⁵⁸.

Precisamente por perder de vista lo anterior, es por lo que según COSSIO, la teoría de los métodos interpretativos ha querido suprimir la conciencia del juez, poniendo en su lugar una receta que, al ser aplicada sobre la ley, dejaría a ésta interpretada y lista para resolver todos los casos concretos, todo por creer que la ley es el Derecho, es decir, que la ley es el objeto de conocimiento; y, en segundo lugar, de creer que el juez es factor externo al derecho, desconociendo que el juez es inmanente al ordenamiento jurídico, "al punto de ser indudable que el Derecho, en parte, es el propio hecho del juez"⁵⁹.

De allí que reafirme que lo que se interpreta no es la ley, pues ella en sí misma es

apenas un concepto, un objeto ideal, susceptible de intelección⁶⁰, no de explicación o comprensión, sino "la conducta humana mediante la ley", lo que al tiempo que reconoce el carácter jurídico a la norma, no permite identificar derecho y ley, "pues no tiene sentido predicar injusticia de un precepto, sino de la conducta que el mienta, (dado que) el derecho es ante todo realidad, no las leyes de las cuales hay múltiples ejemplos de su inobservancia o (inaplicabilidad)"⁶¹, y en tanto que lo que "constituye el derecho positivo no es la letra muerta de los códigos, sino las conductas humanas que interpretan y reviven sus disposiciones⁶², los actos de los órganos del Estado -justicia, administración- que las aplican y los de los particulares que las cumplen"⁶³.

Sobre esa disociación, combate el *racionalismo* jurídico, haciendo prevalecer la conducta sobre las normas, el *empirismo*, en tanto que alude no a cualquier conducta sino a la conducta como experiencia de libertad, el *historicismo* al señalar que la vida no proviene "desde" sino que "irrumpe en"; el *sociologismo*, al postular que la ciencia del Derecho conceptualiza el deber ser de la conducta en su ser, pues "el conocimiento del jurista es de protagonista, mientras que el del sociólogo es de espectador"⁶⁴. Así entonces, convierte la tarea

⁶⁰ En sentido coincidente véase LUIS RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México Buenos Aires, 1956.

⁶¹ PACHECO, pág. 388.

⁶² De no ser ello así, bien existiría en Colombia como realidad jurídica y no meramente normativa la posesión inscrita, cuyas disposiciones no obstante encontrarse aún consagradas en el Código Civil ninguna aplicabilidad tienen en virtud de la célebre sentencia de 1955 del Dr. José J. Gómez.

⁶³ ENRIQUE AFTALIÓN, *El derecho como objeto y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1943, pág. 21.

⁶⁴ PACHECO. *Op. cit.* pág. 395.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, 2ª ed, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.

⁵⁸ PACHECO, *Op. cit.*, pág. 395.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 388.

interpretativa "...en una labor que descubre sentido jurídico valioso (positiva o negativamente) a una conducta en libertad al amparo de la norma como esquema de interpretación".

Sobre esa base, reconoce en la ley, en las circunstancias del caso y en la valoración jurídica los tres componentes de la experiencia jurídica.

La ley tiene un carácter apriorístico, antecedente para el operador jurídico. "encauza la resolución judicial demarcándole un círculo cerrado de posibilidades a las que el juez tiene que acomodarse; las circunstancias del caso son el elemento fáctico "que pone al juez en presencia de la realidad y que...necesariamente ha de considerar", las cuales admiten una de estas tres afirmaciones: a) están consideradas en la ley misma; b) No están mencionadas pero son comunes o generales porque se repiten en múltiples casos y c) No están mencionadas y tampoco son generales o comunes, sino especiales o exóticas⁶⁵".

Por último, la valoración jurídica que efectúa el operador jurídico, tercer elemento integrante de la experiencia jurídica según COSSIO, es fundamental puesto que "la sentencia debe ser, por su intrínseco sentido, expresión de todos los valores jurídicos vigentes, desde el orden positivo hasta la justicia, etc. Como el juez es estructura del ordenamiento jurídico, y no un dato o contenido contingente del mismo, el Derecho es para el juez, en primer término y en forma directa, orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia, todo lo cual es el contenido necesario del Derecho", de allí que el juez en la sentencia debe expresar todo lo que debe pensar sobre el caso sentenciado, pero deberá "mostrar que el sentido que atribuye al caso no es más que la actualización y especificación de un sentido vigente en la comuni-

dad"⁶⁶, de allí que el juez se convierta en un *activista axiológico*, en un "hombre de su tiempo" en decir de JOAQUÍN RUIZ PÉREZ⁶⁷, transformando la interpretación en una interrogación permanente sobre la realidad para trascender y no simple elección de una hipótesis normativa como mero ejercicio intelectual o academicista sin nexo alguno con los valores jurídicos.

BOBBIO por su parte alude al ESTRUCTURALISMO Y FUNCIONALISMO para integrar tres teorías: La de la *relación*, referida a la intersubjetividad; la de la *institución* que tiene que ver con la organización social y la *normativa* atinente a la regulación, puesto que "la experiencia jurídica nos coloca frente a un mundo de relaciones entre sujetos *organizados* establemente en sociedad mediante el uso de *reglas* de conducta. Como fundamento de los tres aspectos complementarios, queda el aspecto normativo. La intersubjetividad y la organización son condiciones necesarias para la formación de un orden jurídico; el aspecto normativo es la condición *necesaria y suficiente*", por lo que "Las tres teorías no se excluyen mutuamente y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra"⁶⁸, y por lo mismo, "no hay una definición verdadera y una falsa, sino, cuando más sólo una definición más o menos oportuna"⁶⁹.

DWORKIN por su parte, quien ha ampliado el debate filosófico-jurídico-político, ha tenido el mérito de alentar un método que no solo describe el derecho sino de proponer un sistema de soluciones sobre principios coherentes, en un momento en que predominaba la filosofía jurídico analítica de HART y la filosofía política utilitarista, como

⁶⁵ COSSIO, pág. 155.

⁶⁷ *Juez y Sociedad*, Temis, 1987, págs. 149 y ss.

⁶⁸ *Op. cit.*, pág. 12.

⁶⁹ BOBBIO NORBERTO, *Teoría general del derecho*, Editorial Temis, segunda edición, 1992, pág. 11.

⁶⁶ COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, pág. 155.

lo reconoce ALBERT CALSAMIGLIA⁷⁰, quizá uno de sus mejores comentaristas.

DWORKIN cuestiona los dos problemas esenciales de la ciencia jurídica anglosajona del siglo XIX y XX inspirados por AUSTIN consistentes en la ciencia de la legislación cuyo objeto era la determinación del ser del derecho y la jurisprudencia que ausculta cómo es el derecho sin que entre ellas exista comunicabilidad, pues el positivismo excluye el problema de la valoración.

DWORKIN propone por el contrario una comunicación entre ambas para resolver los problemas reales y no limitarse a describir el derecho desde afuera, a fin de construir una teoría que permita justificar las decisiones, puesto que el político, el jurista y el filósofo del derecho no "es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores sino...un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos"⁷¹.

En su teoría, aborda problemas tales como el relativo a la incidencia del pasado en el presente, la justificación de la coacción del Estado, los principios esenciales de una sociedad democrática, (integridad, equidad y justicia) y los principios del derecho, dando respuesta a cada uno de ellos⁷².

Así por ejemplo, en lo relativo a cómo determina el pasado el presente, DWORKIN asume que el positivismo siempre admitió que las costumbres, las leyes y el precedente son los que sustentan las decisiones actuales. Denota que en el evento de no

existir norma expresa, el positivismo sufre una división pues para Kelsen deberá rechazarse la demanda en virtud de la existencia de la norma general exclusiva que tiene por función cerrar el sistema, llamándolo *convencionalismo estricto*. HART por su parte resuelve el asunto señalando que la plenitud o la "completud" en el lenguaje de CALSAMIGLIA, no es una propiedad necesaria del derecho, pudiendo el juez en el evento de las lagunas, decidir apoyado en su discrecionalidad, a lo que llamará *convencionalismo moderado*.

Por tal razón, los jueces están sometidos a las decisiones del pasado, que es a lo que él llama "convencionalismo". "El derecho se encuentra en las convenciones del pasado" y así "la fidelidad a la ley supone la garantía de la seguridad jurídica"⁷³.

Pero la misma cuestión, examinada desde la óptica del pragmatismo, es decir, del realismo como variante de aquél, tiene respuesta diferente a la dada por el *convencionalismo estricto y el moderado*, traducida en una exclusión total del pasado y su influencia sobre el presente, en tanto que los jueces tienen por única finalidad hacer justicia, siendo de menor entidad el problema de cómo sustentar su decisión, que es el papel que ordinariamente se ha asignado a las normas para dar "respaldo legal" a la decisión, resultando "la intuición y la justicia criterios esenciales de la actividad judicial"⁷⁴.

Esa contrastación hace surgir dos preguntas esenciales: ¿Los jueces crean derechos o aplican normas? La respuesta también difiere. El convencionalismo niega al juez la posibilidad de crear derechos, pues el pasado lo condiciona en el presente. El pragmatismo por el contrario, niega la absoluta importancia del pasado, y pone como centro de gravedad la justicia y la intuición.

La segunda pregunta relativa a la justificación del Estado, punto esencial de la

⁷⁰ El Derecho como integridad: DWORKIN, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1990, pág. 3. En http://www.diba.es/icps/working_papers/docs/Wp_j_25.pdf.

⁷¹ CALSAMIGLIA, *Op. cit.*, pág. 4.

⁷² Aunque no es el objeto esencial del presente trabajo, es conocida la polémica HART-DWORKIN en la que el primero opone a la integridad del derecho, la distinción entre principios y normas y la legitimación de las decisiones expuesta por DWORKIN, los conceptos de Reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento y la discrecionalidad judicial.

⁷³ CALSAMIGLIA, *Op. cit.*, pág. 5.

⁷⁴ *Op. cit.*, pág. 6.

disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo, queda condicionada igualmente por las consideraciones anteriores. El convencionalismo estricto acude nuevamente a las convenciones del pasado, y de paso, hace surgir esa coacción de la voluntad popular, es decir, de las normas. El convencionalismo moderado, se encuentra con que la discrecionalidad judicial es de más difícil sustentación porque "supone la utilización de la coacción del Estado sin estar fundamentada en decisiones anteriores"⁷⁵ y por ello, la soberanía popular no las legitima.

El pragmatismo en cambio, en cuanto reconoce que el pasado no es todo lo determinante que indica el positivismo, señala que lo esencial es el bienestar social, por lo que la coacción del Estado sólo tiene justificación en tanto se logren resultados justos, y así, en cuanto la decisión logre ese objetivo, ella será el fundamento de la coacción del Estado.

DWORKIN replica que ambas concepciones no se toman los derechos en serio, pues confieren al juez un poder creativo de derecho, sin legitimación suficiente, el convencionalismo moderado, al reconocer la discrecionalidad judicial y el pragmatismo por cuanto el logro de la justicia se hace de ordinario desconociendo la garantía de la irretroactividad de las leyes, la seguridad jurídica, la certeza y la inalienabilidad de los derechos, y así, "ningún bienestar colectivo, ni ningún resultado colectivo beneficioso puede fundamentar la violación de un derecho"⁷⁶, pues el derecho no es ni la obligatoriedad o influencia del pasado ni menos la intuición acerca del contenido de la justicia. De allí postula, según CALSAMILIA, que el derecho es algo más complejo, para lo cual propone un modelo ideal de una sociedad democrática, entendiendo por tal aquella en la que se observan los principios de equidad, justicia, legalidad e integridad.

Por equidad entiende idéntico poder de cada uno de los individuos de esa sociedad, en virtud de lo cual cada uno debe tener un voto, por lo que el principio tiene un contenido procedimental y formal.

La justicia, la liga al resultado de la decisión orientada a asignar y distribuir los recursos conforme a ese modelo ideal, lo que guarda evidente diferencia con la equidad que está referida al procedimiento y a la imparcialidad.

El principio de legalidad dice relación con que el poder del Estado, con la coacción que sólo puede sustentarse jurídicamente, pues el Estado debe ser la organización misma de la fuerza.

El cuarto principio, el de la integridad, reclama del Estado democrático no solo la existencia de unos principios sino también su organización coherente.

Sólo en el evento de que el Estado observe esos principios, la coacción estará legitimada, y así entonces "una comunidad no solo se justifica por el procedimiento sino también por el contenido de su derecho"⁷⁷.

Pero, además de ello, es indispensable distinguir integridad, equidad y justicia, para concluir en la postulación de la decisión diversificada.

Para tal efecto, DWORKIN se pregunta, por qué si en la vida real las decisiones grupales atienden a la diversidad de sus miembros, y por lo mismo respetan el principio de equidad (procedimiento) y justicia (resultado), en materia legislativa del Estado ello no ocurre, adoptándose en su lugar una simple mayoría, en virtud de lo cual la minoría no está representada, como sucede con la aprobación de una ley con un 60% de votos favorables. Una ley diversificada es más equitativa, pues esa minoría del 40% del ejemplo, queda representada en su exacta proporción y evita lo que de ordinario ocurre: Que la defensa de una ley unificada, convierta el 60% de los votos

⁷⁵ Ibidem, pág. 7.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibidem, pág. 10.

en el 100%, y la voluntad y el voto de los integrantes del 60% valga por el 100%.

No obstante se pregunta, si esa decisión diversificada que consulta la equidad, es contraria a la justicia. Para responder, reconoce el pluralismo ideológico como nota distintiva de la sociedad democrática, en virtud del cual no hay, como es obvio, un concepto unificado de justicia, y acudiendo al ejemplo, afirma que resulta mucho más coherente que en una sociedad se produzcan 60 injusticias que 100, pues ese 40% no tiene ninguna razón para defender esa ley unificada. O en otras palabras: La ley unificada responde al concepto de justicia del 60%, pero no del 40%, lo cual "supone el triunfo de una concepción de la justicia sobre la otra y atenta contra el pluralismo"⁷⁸, y de paso se logra la integridad, pues evita que haya concepciones de justicia subjetivas contradictorias.

Para lograr lo anterior, propone una especie de personificación de la sociedad recurriendo para el efecto a la figura de las comunidades políticas estatales como comunidades de principios, y así entonces se tendrían dos evaluaciones sobre la incidencia del pasado y la legitimidad de la coacción, sin que esos principios constituyan una nueva especie de iusnaturalismo, pues los principios y valores que defienden colectivamente una sociedad son dinámicos, dado que el derecho "no es un producto acabado ni tampoco es la justicia, es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia es decir la virtud de la integridad exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no solo por un conjunto de normas sino también por un conjunto de principios"⁷⁹, y así entonces el derecho no es sólo normas sino también y por sobre todo directrices y principios, cuya diferencia esencial estriba en que las normas se

aplican o no se aplican, mientras que en los principios, esa decisión no parece tan evidente pues ellos no establecen sus propias condiciones para su aplicación como las normas, y no son identificables por un test de origen, puesto que se deducen por su fuerza argumentativa, por su peso específico.

DWORKIN señala que entre principios y normas existe la diferencia adicional de la sanción. La norma legal y la moral contienen dos tipos de sanciones de distinta índole. Los principios no pueden identificarse por la forma de su sanción, lo que hace imposible distinguir entre principios jurídicos y principios morales. La única diferencia más o menos notoria es la posible utilización por parte de los tribunales de los principios jurídicos, pero ello no obsta para que un principio moral de hoy, tenga reconocimiento jurídico posterior, de lo cual la teoría del no abuso del derecho es un buen ejemplo.

De allí que introduzca una diferencia adicional entre principios y directrices, pues mientras los primeros son razones para elegir cómo decidir, las directrices tienen por finalidad lograr el bien colectivo, logrando de paso que la intuición, que pareciera ser el punto de partida, quedará condicionada por la coherencia con un conjunto de principios, pues las normas integrantes del sistema tienen sustento en principios, de allí que el centro de gravedad del derecho no sea la norma sino el principio que la sustenta, resultando en consecuencia que la incidencia del pasado en el presente, el respeto a la ley, es en realidad sujeción al "conjunto de principios que identifican la comunidad y esa es su diferencia con el positivismo"⁸⁰ y en lo que respecta al realismo, que pretende obtener el logro de la justicia aun con perjuicio de los procedimientos, la coherencia lo limita.

En suma, DWORKIN elabora un estudio interno del derecho, propone una interpretación principal, con lo cual desdibuja la

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 12.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 13.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 16.

distinción entre moral y derecho del positivismo o la fusión de ambos por el iusnaturalismo, estableciendo una relación contingente en torno a los valores relevantes de la comunidad política, con lo que pareciera lograr lo que REALE en su tridimensionalidad propuso y no alcanzó: La legitimación del poder por el derecho.

El anterior panorama conceptual, aunque parcial, da cuenta del amplio grado de dificultad del hallazgo de la "solución correcta", pues deja sin respuesta segura y excluyente, no solo el qué es el derecho, cómo se conoce sino también cuál es su origen. Ninguna escuela, corriente o método, da razón que elimine margen de discusión del por qué del preestatalismo (iusnaturalismo); el estatalismo (positivismo), el extratralismo (realismo jurídico) o la fusión de ambos (neoconstitucionalismo) del derecho. Por el contrario, la contrastación de todas ellas, denota la insuficiencia de esas soluciones individualmente consideradas, así:

La exégesis en cuanto establece como único dato de la experiencia jurídica la norma, en cuanto reconoce al legislador el poder infinito de la previsión normativa de la totalidad de la realidad y adscribe al operador jurídico la exclusiva labor de la subsunción silogística, pierde de vista que ésta supone necesariamente una coincidencia absoluta entre la realidad y la descripción normativa del hecho, lo que a cada instante es desmentido por la realidad misma, siempre superior en matices al dato normativo, bien por problemas descriptivos en el supuesto normativo, bien por la dificultad de la real fijación del sentido unívoco de un texto en virtud de la evidente discordancia entre lo signifiante y lo significado, o bien por la elección de la norma pertinente pues no siempre un único texto es suficiente, dado que una misma conducta puede estar regulada en diferentes ámbitos de validez material adscribiendo consecuencias jurídicas diferentes incompatibles entre sí, lo cual ha de resolverse acudiendo a la sistematización y a los principios que la

gobiernan, tales como la aplicación en primer término de la norma de superior jerarquía, la especialidad y los fenómenos de aplicación inmediata o ultraactividad o favorabilidad, lo cual como se ve, demanda la utilización no de un único criterio, sino la concurrencia de múltiples elementos interpretativos o integradores.

Así entonces, la pretensión unificadora de la exégesis deriva en la necesidad de sistematización del orden jurídico la cual a su vez resta suficiencia a la solución propuesta por esta Escuela: Que la vida se parezca a los textos y no al contrario, como demanda el método propio de conocimiento de la ciencia jurídica, el empírico dialéctico, que por su misma estructura exige al operador jurídico confrontar y vincular permanentemente realidad con idealidad, hechos materiales en tiempo y espacio con supuestos normativos, y proceder a su individualización mediante el agotamiento de la fuente formal de creación: El proceso, a fin de que la solución no sea sólo legal sino también efectiva.

Son igualmente insuficientes por sí mismas, la escuela de la Libre Investigación Científica, en cuanto conduce a un sociologismo excesivo; la Escuela del Derecho Libre, que lleva a un humanismo antinormativo; KANTOROWICZ a un subjetivismo absoluto, la Tendencia Sociológica a una abstracción casi total del marco normativo; la teoría de la jurisprudencia sociológica a una vinculación política del juez; el Realismo Jurídico a una especie de individualismo judicial; KELSEN a un formalismo ajeno a los valores y a la realidad; COSSIO al concepto de libertad jurídica con detrimento de la coercibilidad del sistema jurídico en cuanto amplía el arbitrio judicial y DWORKIN en cuanto parte de un Estado ideal que por lo mismo es ajeno a una realidad.

¿Cómo hallar entonces un sistema, método, escuela o criterio que vincule a la totalidad de operadores jurídicos y supere la escisión de jusnaturalismo, positivismo, realismo y neoconstitucionalismo?

La respuesta podría estar paradójicamente en la aparente distinción entre los sistemas jurídicos del *Common law* y el continental o romanista germánico, y sin duda, en la afirmación del Estado Social de Derecho y en la prevalencia constitucional, como líneas demarcatorias de toda la actividad hermenéutica. El primero, el Estado Social de Derecho en cuanto redefine las reglas sociales y el concepto de dignidad humana, y la Constitución en cuanto adquiere el carácter de norma positiva prevalente con poder vinculante, como se expone seguidamente.

2. El sistema jurídico al cual pertenece el intérprete, y las fuentes del derecho que se consagran

Ordinariamente se ha expuesto como nítida línea divisoria del contenido y finalidad de la labor hermenéutica, el sistema jurídico al cual pertenece el operador jurídico, pero ello, por la contundencia de la realidad, pareciera haber concluido en una unidad simbiótica.

En efecto, la tarea del intérprete tradicionalmente se ha diferenciado sobre la base del sistema jurídico al cual pertenece. El precedente, reclamado con exclusividad para el sistema del *common law* es pauta ineludible de interpretación, en tanto se le reconoce su carácter de costumbre general jurisdiccionalmente declarada, de allí su obligatoriedad (*stare decisis*). Como la base fundante del precedente es la costumbre misma, lo que le confiere su carácter historicista, su primigenio surgimiento se va haciendo imprecisable en el tiempo, por lo que llega a convertirse finalmente en la "norma fundamental del *common law*", negando por esa misma razón, toda libertad interpretativa al juez, pues la tradición y el respeto al pasado construido sobre la base de un derecho natural, por lo mismo superior al Rey y al parlamento, son la esencia misma de ese sistema, por lo menos en su parte más estructurada⁸¹.

Se reconoce al precedente el carácter de costumbre inmemorial declarada por los jueces, pues "la experiencia del pasado aplicada a las cuestiones del presente ha quedado como el lineamiento característico de la jurisprudencia inglesa"⁸²

En el sistema del *Common law*, el juez carece de la regla legal general⁸³ escrita preexistente, por lo que su tarea esencial es confrontar un hecho objeto de decisión con un precedente para determinar si éste es aplicable o no. "El razonamiento jurídico lo es por vía de ejemplos, y la técnica de argumentación se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que muestran los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes"⁸⁴.

En la familia romano germánica o continental, por el contrario, la legislación es

⁸² Ibidem.

⁸³ No obstante debe anotarse que la predicada generalidad y abstracción de la ley parecen ser meras ilusiones, pues como bien lo señala BOBBIO, *Op. cit.*, pág. 130, "La doctrina de la generalidad y abstracción de las normas jurídicas por un lado es imprecisa, porque no aclara correctamente si los dos términos *general* y *abstracto* se usan como sinónimos o bien con dos significados diferentes... Por otro lado, es insuficiente o por lo menos no adecuada, porque... deja creer que no hay normas jurídicas individuales y concretas... (por eso) en vez de usar promiscuamente los términos *general* y *abstracto*, creemos oportuno calificar de generales las normas que son universales respecto del destinatario y *abstractas aquellas que son universales respecto de la acción*. Por esto aconsejamos hablar de *normas generales* cuando nos encontramos frente a normas que se dirigen a una clase de personas, y de *normas abstractas* cuando nos encontramos frente a normas que regulan una acción -tipo (o una clase de acciones). A las normas generales se contraponen las normas que tiene por destinatario un individuo particular y que sugerimos denominar *normas particulares* las normas abstractas se contraponen las que regulan una acción particular y que sugerimos llamar *normas concretas*".

⁸¹ Ibidem, págs. 374 y 375.

⁸⁴ TORRES VÁSQUEZ, *Op. cit.*, pág. 517.

indicada como fuente prevalente, y ello sin duda ha contribuido a erigirla en fetiche y a la sinonimia derecho y ley, y en consecuencia a traducir la labor interpretativa en un mero problema de subsunción, pues como señala ROSS⁸⁵ en este sistema el juez tiene como dato antecedente una regla legal de carácter abstracto que es precisamente la que debe interpretar para determinar "la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos".

En el sistema continental no obstante, la regla legal preexistente ha ido perdiendo su lugar privilegiado, debido en gran parte a la constitucionalización de la ley, a la creación del precedente judicial, a la interpretación *auténtica* que el órgano competente ha hecho de la Carta Superior, de los derechos fundamentales y de los fines del Estado, y por lo mismo, al poder vinculante que a dicha interpretación se le reconoce hoy, relegando así el carácter supletivo u opcional que hasta antes de la elaboración de la doctrina constitucional obligatoria se le reconocía.

Precisamente en virtud de la prevalencia constitucional y del modelo de Estado Social de Derecho, el sistema romano germánico colombiano ha adoptado el precedente como una nueva pauta de interpretación -hasta hace poco, propia y casi exclusiva del *common law*-, iniciando éste a su vez, un lento pero definitivo proceso de positivización, diluyendo así sus tradicionales líneas objetivas de demarcación.

Dedúcese de lo anterior, que lo que ha *descharacterizado* el sistema continental como sistema legislado, incorporando el régimen del precedente, del *stare decisis*, no ha sido el método interpretativo sino el modelo de Estado y el carácter de norma axiológica positiva de la Constitución. Por

esa misma razón, el problema del método ha pasado necesariamente a un segundo plano, pues lo relevante resulta ser que Estado y Constitución moldean la labor hermeneútica, sobre un finalismo social y constitucional que antes no se predicaba de la ley. Esa es la verdadera transformación que hace innecesario por demás, discutir si en un sistema como el nuestro, la regla del precedente tiene plena aplicación y si es vinculante para el juez, pues cabe afirmar que "tanto en uno como en otro sistema, la jurisprudencia imperante es obligatoria, pero es una obligatoriedad que rige sólo en la medida en que el juez no proceda a destruir los fundamentos de la misma, mostrando un error en la concepción o un cambio en las condiciones materiales o en las valoraciones vigentes que la hagan inaplicable. En el sistema inglés no existe más patrón para juzgar a la jurisprudencia que la jurisprudencia misma y los hechos sociales. En el sistema continental existe además el poderoso patrón de la ley (del orden jurídico), a la cual sistemáticamente se encuentra la jurisprudencia subordinada y que por lo tanto, siempre puede ser invocada para revisarla"⁸⁶.

No obstante, estimo que paradójicamente el precedente ha regresado al operador jurídico a la exégesis, en cuanto ambos le restan libertad hermenéutica, unificándolo por distintas vías pero con idéntica finalidad y propósito: En la exégesis, la voluntad del legislador, y en el precedente bajo el lema del argumento de autoridad, del *interprete auténtico* de la Constitución Política, lo cual es un buen ejemplo del eterno retorno o la confirmación inexorable del *nihil novum sub solem*.

Agrégase a lo anterior que en ocasiones, la Corte no ha tenido *sindéresis* en lo relativo al precedente. SANDRA MORELLI RICO⁸⁷ denota cómo la cosa juzgada cons-

⁸⁵ Citado por ANIBAL TORRES VÁSQUEZ, *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*, Segunda Edición, Idemsa, Temis, 2001, pág. 517.

⁸⁶ AFTALIÓN, Op. cit, pág. 377.

⁸⁷ "La Corte Constitucional, Un papel institucional por definir", Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, págs. 14 y ss.

titucional ha sido derogada en ocasiones por acciones de tutela, como ocurrió en la sentencia SU-047 de 1999, mediante la cual se modificó la doctrina constitucional contenida en las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996, sin reparar en la diversidad de la acción de inconstitucionalidad y la de la tutela, acudiendo al argumento, por vía de tutela, de la *reinterpretación* de sus fallos de constitucionalidad.

Ello contraría la esencia misma de ambas instituciones: No parece jurídicamente viable que mediante un fallo de tutela se modifique un fallo de constitucionalidad, es decir, se desconozca la cosa juzgada constitucional, "como si la sentencia de constitucionalidad tuviese el mismo valor y la misma jerarquía, dentro de las fuentes del derecho, que las sentencias de tutela. Esa subsunción de la sentencia de constitucionalidad en aquella mediante la cual se decide una tutela -con el ánimo de reescribirla- supone además una homologación de dos acciones constitucionales totalmente distintas...con ese modo de proceder nuestra Corte Constitucional pretendió homologar lo no homologable, y por esa vía modificar una "norma de carácter general" - la sentencia de constitucionalidad- para decidir un caso concreto, lo que riñe con la vigencia del principio de la igualdad formal ante la ley". Así las cosas, la Corte Constitucional siembra la incertidumbre, relativiza la fuerza de la cosa juzgada constitucional, desconoce nuestro sistema de fuentes del derecho y se despoja de toda atadura jurídica, lo que es impropio en términos jurídicos constitucionales inconveniente para el país en general y para la misma Corte, que ve minada su credibilidad⁸⁸.

A lo anterior se suma que por vía de tutela y en sede de revisión, la Corte Constitucional en sus fallos ha prohijado una nueva especie denominada *inter pares*, los cuales según su propio argumento pretenden "asegurar la efectividad del principio de la supremacía de la constitución", propósito

sin duda loable, pero cuyos resultados parecen haber sido contrarios a dichos fines, puesto que es indudable que con los mismos hay un franco desconocimiento de la seguridad jurídica y del debido proceso, en tanto que sus efectos inmediatos destruyen la cosa juzgada producida en sentencias anteriores sobre el mismo tema, lesionando de paso la confianza del ciudadano en el fallo que le resuelve un conflicto intersubjetivo de intereses, el cual conforme a la doctrina tradicional ya se había consolidado en el tiempo.

En nuestro sentir, tales fallos, lejos de cumplir con la guarda y supremacía de la Carta Suprema, generan un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica, y de paso crean más conflictos de los que pretende resolver al desbordar los límites diseñados en el Estado social de derecho para prevenir e impedir las arbitrariedades institucionales y el abuso del poder en el desarrollo de sus funciones.

Pero más allá del cuestionamiento que tales fallos merezcan, lo que parece haberse generado de contera es la descalificación del disenso conceptual, y el aplazamiento de un debate jurídico que en buena hora la Corte Suprema de Justicia ha inaugurado con su comunicado del día 3 de marzo de 2004.

La ruptura absoluta que se predica hace que el debate jurídico pase por una especie de moda de pensamiento. La crítica fundada, la solicitud de límites temporales, materiales y subjetivos a las decisiones de la Corte Constitucional, la petición de morigeración del precedente jurisprudencial, la exigencia de razonabilidad en las decisiones en lo que atañe con el plan de desarrollo y con la ley de presupuesto, la no injerencia irrazonable con otras áreas de gestión de lo público, en lugar de animar la sustentación y fundamentación de las posturas, ha conllevado una especie de *ghettos* académicos e intelectuales, desde los cuales se postula con carácter excluyente la división entre "viejo" y "nuevo" derecho, no como simple dato cronológico,

⁸⁸ MORELLI RICO, *Op cit.*, págs. 31 y 32.

sino como síntoma de progresismo o vetustez ideológica.

En mi sentir, y con detrimento de la ciencia hermeneútica, ha ocurrido que la adopción de antiguos criterios con nuevos rótulos, tales como principio y test de razonabilidad, de utilidad, tensión entre principios, modulación de las sentencias, casos fáciles, casos difíciles, entre otros, ha llevado al subconsciente colectivo, especialmente de la comunidad jurídica, la idea según la cual se ha reformulado con carácter absoluto un orden jurídico; con escisión y prescindencia total de los criterios y discusiones que antecedieron a la puesta en vigencia de la Constitución de 1991.

Aceptar esto impávidamente, sería tanto como afirmar que la justicia no es eje central del orden jurídico; que las reglas de interpretación no se orientan a extraer el sentido del sistema sino del texto legal, que no existen principios generales del derecho (más allá de la discusión jusnaturalista y juspositivista), que la imprevisión no es sistema correctivo de la iniquidad que pueda derivarse del hecho de sobrevenir circunstancias nuevas para los extremos de la relación jurídica, que el *hecho del príncipe* no es restauración económica dictada por la equidad y límite al Leviathan, que la buena fe no debe regir las relaciones interpersonales sean de contenido patrimonial o no, que el derecho internacional hace parte del derecho interno, o finalmente, que todo el derecho sólo tuvo su génesis en 1991. Sería tanto como afirmar que la determinación ontológica del derecho, es logro excluyente y tarea exclusiva de la Corte Constitucional.

Cabría agregar y reconocer que está muy bien que el cambio constitucional no permita efectuar una lectura del texto superior con los criterios y modelos político-jurídicos de la Constitución de 1886, que se reclame más constitucionalidad y menos legalidad, que se reinterprete el marco constitucional con los nuevos postulados dogmáticos que han de incidir necesariamente en la parte orgánica de la Carta

regidos ambos por el preámbulo, que un operador jurídico tenga un espíritu abierto y que sintonice un orden jurídico con la realidad, pues al fin y al cabo su misión no es la sabiduría sino la creación de normas mediante la fuente formal: El respectivo proceso para la tutela de sus derechos fundamentales.

Y está bien que el papel del juez constitucional, sea interpretar, reescribir y adecuar el entramado constitucional, puesto que su gestión está ligada a los valores que allí se postulan.

Y está muy bien por demás, que se afirme la prevalencia de la norma constitucional.

Y está bien que el canon constitucional goce del poder de sujeción que en 1887 sólo se reconocía a la ley.

Igualmente, está muy bien que se diga que la Constitución de 1991 tiene fuerza normativa, que los principios tienen poder vinculante, y que el papel del juez es comunicar la Constitución con la realidad.

Y está muy bien que el Estado tenga deberes esenciales con respecto a sus habitantes, puesto que concentrando él mayoritariamente el poder, a cambio de ello debe tener innumerables obligaciones, es decir la satisfacción de un interés colectivo traducido en la protección de la totalidad de los intereses individuales para elaborar así el catálogo de los derechos fundamentales.

Por lo demás, está muy bien que la Corte Constitucional tenga un control de constitucionalidad difuso y concentrado;

Pero, de allí a que una Corte Constitucional pueda negar o desconocer la seguridad jurídica, matizar cuando estime pertinente los efectos de la cosa juzgada, destruir las sentencias ejecutoriadas y contrariar la certeza que es finalmente la esencia de la función jurisdiccional, hay una gran distancia, puesto que en lugar de interpretar y recrear la Constitución, se prohija una indefinición de tal índole que la totalidad del Estado queda regido casi exclusivamente por las decisiones de la Corte, en prueba de lo cual obran la doctrina del "Estado de cosas inconstitucionales", y las "sentencias

de unificación", para no aludir a esa especie peculiar que son las sentencias *inter pares* e *inter comunis*.

Se reconoce que el juez es el funcionario más poderoso que tenga el Estado, según expresión de COUTURE, pero precisamente por ello tiene la innegable restricción de constitucionalizar su labor, lo que significa límites, pues la Constitución marca con exactitud teleológica, aunque en ocasiones no normativas, el marco de las relaciones entre las diferentes instancias estatales, entre éstas y el ciudadano y entre los ciudadanos entre sí, en tanto que es estatuto regulador de facultades y deberes y en esa misma proporción, a más poder, más límites.

Es evidente que nadie, razonablemente, se opone a un cambio, salvo que conduzca al vacío, pues el derecho tiene que parecerse a la vida. Es más, sus regulaciones aspiran a estimular conductas que permitan la materialización de los valores fundantes de la sociedad.

Nadie afirmaría razonablemente, que la trascendencia del estudio jurídico radica en las concepciones lógicas que explican la estructura formal de las normas, pues no "puede perderse de vista que el derecho, sea lo que sea desde el punto de vista formal, es siempre, necesariamente, desde el punto de vista material, un orden axiológico, una estructura referida a valores, cuya realización objetiva tiene que ser la aspiración y por ende la razón de ser del derecho en abstracto y de cualquier orden jurídico en particular"⁸⁹.

Nadie afirmaría irrazonablemente que, en principio, el catálogo de bienes, derechos, principios y valores consagrados en la Constitución, no es el límite para quien la interpreta "auténticamente" y para quien matiza su sentido y lo pone acorde con la realidad, es decir, para quien hace *pedago-*

gía constitucional, según frase acuñada al amparo de la Carta de 1991.

Pero, también parece razonable admitir que para el que con el poder de la jurisdicción *ordena* cambios, para el que modela y moldea la sociedad con sus decisiones y con su particular perspectiva existencial, (argumento contramayoritario) debe haber límites, máxime si resulta cierto que nuestro Estado tiene una estructura social, frase por demás paradójica, (a pesar de la explicación que la Corte da al respecto y que en líneas posteriores se desarrolla) pues cualquier forma de Estado por definición es social, sean cuales sean los valores que proclame, salvo, claro está, que contrarién la dignidad humana, consideración que por lo demás sobra, pues no puede existir ningún orden jurídico con reconocimiento de la comunidad internacional, que no tenga como centro de gravedad el ser humano, que tutele y proteja lo que él tenga de tal y de digno. De ello es un buen ejemplo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la antigua Liga de las Naciones.

Por eso, no parece estar bien, invocar la prevalencia de la Constitución, ahora reiterada en el texto constitucional, ya formulada por KELSEN, para hacer impredecible la interpretación del texto Superior.

Si se propugna por una constitucionalización de la ley, en lugar de la legalización de la Constitución como se hizo al incorporar el título de las garantías y derechos civiles de la Constitución de 1886 al Código Civil, a fin de que ella tuviera fuerza normativa, poder vinculante, coercibilidad, esto es, para que no fuera mera proclama decorativa, no es menos cierto que esa labor debe tener límites y algún grado de "predecibilidad" y de responsabilidad, que es reclamo formulado desde distintas tribunas. Así por ejemplo, SANDRA MORELLI RICO⁹⁰, señala que la Corte Constitucional relativiza la cosa juzgada, se arroga la función de formular políticas sin que ello le comporte

⁸⁹ *Derecho Civil Bienes*, II, Tomo I, *Derechos Reales*, FERNANDO JARAMILLO JARAMILLO y LUIS ALONSO RICO PUERTA, Editorial Leyer, 2001, pág. 5.

⁹⁰ *Op. cit.*, pág. 30 a 33.

ninguna responsabilidad respecto de las decisiones que adopta, con el consecuente debilitamiento del principio democrático, en algunos casos introduce una moral personal y un subjetivismo informe en sus pronunciamientos, lo que no pareciera concordar con los postulados del Estado Constitucional Garantista.

Pero aún más: El desdibujamiento de los límites de responsabilidad de las altas cortes en materia del error judicial, se hace evidente en la sentencia C-037 de 1996⁹¹,

⁹¹ En prueba de ello obran los considerandos de la Corte en la citada sentencia 037 de 1996, en los que expresa: "... conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público".

al argüir su calidad de órgano de cierre, para deducir de allí no solo la intangibilidad de algunas de sus decisiones, sino la exclusión de su responsabilidad patrimonial, logrando con ello exceptuarse como destinatarias del artículo 90 de la Constitución Política.

No parece acorde con el concepto Estado Social de Derecho, la existencia de un órgano estatal exento de responsabilidad, no obstante que tenga el carácter de "guardiana de la Constitución", pues tal calidad no puede ser herramienta que le autorice a "cambiar" por sí y ante su jurisprudencia valiéndose de medios que contrarían la naturaleza misma de la doctrina constitucional, desvaneciendo así la aparente inmutabilidad de aquella, y por virtud de su propia decisión concluir en lo que parece combatir: El relativismo ético.

Más aún: En cuanto la Corte prohíbe a los jueces proferir por vía de tutela decisiones *inter pares* e *inter comunis*, se observa un divorcio entre el derecho que ella postula y el que realmente pueden aplicar los jueces, o en otras palabras: El discurso no se comunica con la realidad y nace de allí otra contradicción: Que el nuevo orden, que la constitucionalización de la ley con todo lo que ello implica, tiene segmentos diferenciados, lo cual podría explicarse desde la

"En virtud de lo anterior, la Corte juzga que la exequibilidad del presente artículo (66 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia) debe condicionarse a que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de Derecho, cual es la seguridad jurídica. Por lo demás, cabe anotar que es materia de ley ordinaria la definición del órgano competente y del procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error en que incurran las demás autoridades judiciales pertenecientes a esta rama del poder público".

organización jerárquica pero no desde la tutela de derechos fundamentales.

No obstante, el presente artículo no alienta la involución de la Corte Constitucional, a lo que algunos aspiran. Sólo reclama, con la mayor consideración y respeto, coherencia entre la prédica y la práctica, pues de esa aparente contradicción pareciera que pretendiendo ir muy lejos, hubiéramos vuelto al punto de origen. Por desterrar la exégesis, fundamos el precedente, con lo que la discrecionalidad judicial fue gravemente lesionada. Sobre la base de la constitucionalización de la ley y la fundamentalización de los derechos, cambiamos de tótem: La ley por el texto y la subregla constitucional.

Por ello denotamos que la construcción del precedente no ha tenido absoluta sindéresis por la Corte Constitucional. En ocasiones se construye desde los fallos de constitucionalidad y en ocasiones desde la tutela, lo cual relativiza no solo el concepto de las fuentes sino también el de la cosa juzgada, a lo que se suma que la vigencia del precedente judicial, tampoco es garantía de seguridad y de igualdad jurídica, pues mediante los fallos *inter pares* e *inter comunis*, tanto aquéllas como la cosa juzgada en ocasiones han sido destruidas.

Concorre a ello también, que la excesiva constitucionalización del orden jurídico ha conducido a un panconstitucionalismo absoluto, perdiendo de vista que a pesar de que una Constitución inspira todo el orden, no todas las soluciones específicas se encuentran allí.

Por lo demás, la elusiva e inasible distinción entre principios y valores introduce un elemento adicional de indeterminación en la decisión, la cual pretende corregirse con el precedente judicial, pero éste por varias razones, no solo detiene la reelaboración permanente del derecho por los jueces, sino que su formulación en ocasiones es poco ortodoxa, de allí que parecieran existir dos niveles de constitucionalidad: Uno, en el que *el intérprete auténtico* puede cambiar o reescribir la doctrina constitucio-

nal por vías poco ortodoxas, con lo que ella deja de ser vinculante para su creador, y otro, en el que el operador jurídico "inferior" queda vinculado no solo por el precedente horizontal sino también por el vertical, así éste haya sido creado desconociendo la vía constitucional correspondiente, es decir, la fuente formal de creación, con lo que se remarca una notoria contradicción entre la libertad que se demanda del juez en el Estado Social de Derecho y la sujeción que le impone el precedente.

3. El modelo de Estado dentro del cual se inserta el sistema jurídico

Precisamente, en cuanto la Constitución de 1991 postula a Colombia como un Estado Social de Derecho, la labor del operador jurídico ha de transformarse para estar acorde con la nueva significación y extensión que ello adquiere, pues el concepto "social" como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992, cuyos lineamientos esenciales desarrollamos, incide en la organización política bien cuantitativamente bajo el tema del Estado bienestar, bien cualitativamente bajo el del Estado Constitucional Democrático, los que en lugar de excluirse, se complementan y explican el cómo y el porqué del nuevo papel del juez.

En tal virtud, la función interpretativa y la aplicación del derecho no se traduce ya en el simple aseguramiento a todos los ciudadanos, con carácter de derecho y no de dádiva, estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, como en el Estado liberal, sino que con apoyo en el Estado constitucional democrático se demanda una vinculación más activa con los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación⁹² entendiendo los de primera generación o negativos como freno al poder del Estado frente a

⁹² Los derechos humanos y su prédica. Luis Fernando Niño, en www.elarca.com.ar/arca45/arca4506/nino.htm, sin referencia editorial.

las libertades elementales del ciudadano, fruto de la ilustración, formulados en 1776 y 1789; los de segunda generación o positivos, de carácter económico, social y cultural, paulatinamente reconocidos durante el siglo XIX y la primera mitad del siguiente, y los de tercera generación, sistematizados en la segunda mitad del siglo XX, fundados en la solidaridad, referidos esencialmente al derecho a la paz y a la preservación del medio ambiente.

Ello entraña una transformación de la labor hermenéutica en cuanto ya no ha de centrarse exclusivamente en la ley, en el texto legal al cual se le reconocía como declaración de la voluntad popular o soberana como dice el Código Civil en su artículo 4^º⁹³, sino en una mayor preocupación por la justicia material y una mayor consonancia entre las soluciones propuestas y la realidad objeto de transformación.

Esta nueva misión del juez se hace más relevante en virtud de la aplicación de la Constitución en primer término, de un lado porque en una constitución directiva como la nuestra, sus disposiciones en sí mismas son proyectos organizativos de las relaciones entre el Estado y sus dependencias, entre éste y los particulares y entre éstos mismos; y de otro, porque la Constitución postula los principios esenciales de la organización política, trazando directrices de moralidad, eficiencia, etc., como ocurre con el artículo 209 de la Carta.

"Ese cambio se explica porque el crecimiento de la complejidad fáctica hace casi imposible la aspiración de la plenitud hermenéutica del orden normativo, o como mínimo la pretensión de conceptualizar normativamente u objetivar legalmente toda la realidad para adscribirle una solución. Ya el centro de gravedad no es la ley como en el Estado liberal, sino que en el Estado Social

de Derecho se le adscribe al juez, la labor esencial de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma, todo ello con el propósito ineludible de "mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica"⁹⁴.

La relación entre justicia y seguridad jurídica es el cambio cualitativo que la Corte resalta en el papel del juez en el Estado Social de Derecho. El código, la norma, la ley, paradigmas y referentes de validez, justicia y legitimidad del y en el Estado Liberal, pierden su trascendencia para ser reemplazados por un mayor énfasis en la justicia material y un relegamiento de la formalidad abstracta⁹⁵ para lo cual el intérprete ha de vincular los postulados del preámbulo y la parte dogmática constitucional, en la cual residen los principios y valores en el entendido que los principios, por su mayor especificidad en cuanto establecen "un deber ser específico", no solo diseñan el Estado para el hoy sino que gobiernan las relaciones de supraordinación o de coordinación entre el Ente público y los asociados. Son en tal virtud, normas de aplicación directa, guías hermenéuticas ineludibles con fuerza normativa, lo que no obsta que en ocasiones tengan también

⁹⁴ Sentencia T 406 de 1992.

⁹⁵ "Hoy, la ley es cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia... No solo la conciencia jurídica general se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso ya frecuentemente *contra legem*, sino que además la simple labor técnica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del derecho". EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 26 y ss.

⁹³ Artículo 4º: "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

textura abierta que puede limitar su eficacia directa, eventos en los cuales es necesario la concurrencia de otras disposiciones constitucionales para precisar su sentido. "De allí que un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución"⁹⁵.

Los valores por su parte, según la citada sentencia, gozan de una eficacia indirecta, puesto que establecen los fines de la organización estatal, de sus agentes todos, y de la comunidad toda para el mañana. Describen lo que una sociedad quiere llegar a ser y por ello carecen de especificidad. Su nota esencial es la generalidad, la polisemia. La fijación de univocidad se adscribe en primer término al legislador, quien con el desarrollo legal va reduciendo su significación y concretando un sentido. El otorgamiento de tal labor legislativa implica el reconocimiento tácito de que existen prescripciones constitucionales que son de aplicación directa y otras que no. Las primeras, las de aplicación directa, permiten su subsunción en un caso concreto sin necesidad de desarrollo legal gracias a su estructura óptica y ontológica. Ellas son fuente inmediata y directa de solución de una situación jurídica.

Las otras, aquellas prescripciones que son tan genéricas que requieren de un marco legal que precise su contenido, su ámbito personal de vigencia, la extensión de sus consecuencias y las connotaciones jurídicas que le son propias, agrega la Corte Constitucional, son las que demandan una concreción legislativa y en tal virtud, el legislador también sintoniza la Constitución con la realidad pero sin que en tal labor pueda sobrepasar el marco filosófico constitucionalmente establecido. En ese sentido también la Constitución es la primera norma, es el horizonte al cual debe y puede tender y llegar la reglamentación; es la fuente indirecta, aunque no subsidiaria, pero sí prevalente de creación.

Así el juez materializa la Constitución en tanto que basado en una discrecionalidad interpretativa "es un portador de la visión institucional del interés general, que por lo mismo "delimita el sentido político de los textos constitucionales"⁹⁷, en virtud de lo cual "la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho".

Esta manera de ver las cosas, da un nuevo sentido a la discusión sobre el método interpretativo correcto, al sentido único de significados y al poder vinculante de la decisión jurisdiccional, pues en lugar de indagar sobre su prevalencia, el juez, todo juez, opera y aplica principios y valores de contenido político, social y moral superiores, estableciendo en tal virtud una prevalencia sobre el simple texto legal, la cual encuentra fundamento en el establecimiento de la Constitución como primera norma jurídica⁹⁸.

⁹⁷ Sentencia T 406 de 1992.

⁹⁸ Esa exigencia no tiene génesis exclusiva en la Constitución de 1991. En 1974, DARIO ECHANDIA al prologar el libro de CÉSAR CASTRO PERDOMO, *Defensa del Orden Jurídico*, Ediciones Paulinas, Bogotá 1974, reclamaba una visión constitucional del orden jurídico y una nueva actitud del operador jurídico. Así clamaba: "La llamada guarda de la Constitución... comprende mucho más que la pasiva y literal aplicación de un texto; tiene además el alcance de realizar ese texto, es decir, de desarrollarlo aplicándolo a las concretas realidades..., adaptándolo a una concepción de lo que debe ser la vida social y económica del país, en cuanto dicha concepción se conforme con la que domina la total estructura constitucional, pero también en cuanto no resulte incoherente con los hechos reales y concretos a que aquélla se aplica", pues el operador jurídico no cumple la exclusiva tarea de la subsunción. Su labor esencial es deducir "el sentido de las ideas contenidas en el texto y construir con ellas un sistema que quien hizo el texto posiblemente no imaginó... El intérprete puede sacar de ese texto consecuencias aplicables a nuevos casos, no previstos en él, y que son producto de nuevas circunstancias".

⁹⁶ Sentencia T-406 de 1992.

No obstante, en este punto debe señalarse que no hay factor seguro que permita con absoluta claridad, deslindar principio y valor. Y más aún, la tesis parece envolver en sí misma una contradicción: Si es verdad que los principios moldean la sociedad para el hoy y los valores para el mañana, carecería de sentido la exigencia de la justicia material en cada proceso porque ella en sí misma es un valor, no un principio, y así entonces, la Corte antes que resolver el problema del operador jurídico, crea uno adicional, para lo cual recurre a un discurso que si bien desde el punto de vista declarativo es inobjetable, su traducción a la realidad asume al operador jurídico en una indeterminación mayor.

4. El concepto de Constitución Política

Precisamente, el carácter prevalente de los principios y los valores constitucionales como pautas ineludibles de interpretación se sustentan en el nuevo ámbito de regulación material de la Constitución, traducido en la fuerza vinculante que tiene y extiende a la totalidad de los sujetos destinatarios de sus disposiciones. Es una norma jurídica con poder vinculante y no una mera proclama decorativa.

Con la prescripción del artículo 4° de la Carta Superior, el canon constitucional goza del poder de sujeción que en 1887 sólo se reconocía a la ley.

Bajo el anterior sistema, la coercibilidad se predicaba exclusivamente del precepto legal, en prueba de lo cual obran disposiciones tales como el art. 6° de la Ley 153 de 1887⁹⁹, y el artículo 7° ídem que dispuso incorporar al Código Civil, el título III de la Constitución el régimen "sobre derechos civiles y garantías sociales" precisamente para conferirle esa fuerza vinculante, para darle fuerza legal.

Hoy por el contrario, la fuerza vinculante y coercible no depende de la ley. Surge del texto constitucional de 1991, y cobija por igual a todos los segmentos de la colectividad. Funcionarios, y particulares, contribuyen, desde su especial ámbito de gestión, a la preservación e intangibilidad de la Norma Superior.

Por su carácter de norma jurídica, algunas de sus prescripciones permiten la aplicación directa, esto es, su subsunción en un caso concreto sin necesidad de desarrollo legal. Es fuente inmediata y directa de solución de una situación jurídica.

No obstante, en ocasiones una prescripción puede ser tan genérica que requiere de un marco legal que precise su contenido, su ámbito personal de vigencia, la extensión de sus efectos y las connotaciones jurídicas que le son propias. La ley cumple esa tarea, pero sin que pueda sobrepasar el marco filosófico que el precepto constitucional establece. En ese sentido también la Constitución es la primera norma, es el horizonte al cual debe y puede tender y llegar la reglamentación, es la fuente indirecta, aunque no subsidiaria, pero sí prevalente, de creación.

Por esa razón, el artículo 4° constitucional establece como premisa mayor de cualquier operación jurídica, el precepto Superior, dado que la totalidad de sus disposiciones poseen un sentido, una finalidad, erigen un valor o consagran un principio, que delimita, describe o tutela una conducta, un bien, un derecho o un estado jurídico particular o colectivo, que son los que debe realizar el operador jurídico.

Deriva de ello que todo acto de interpretación, de creación de norma jurídica particularizada, de solución al caso concreto, debe ser una reiteración, y recreación de los principios, garantías, valores, bienes, derechos y deberes constitucionales. Se garantiza así la prevalencia, vigencia y presencia constante de la Carta Superior dentro del orden jurídico, mediante una relación directa entre el operador y sus destinatarios. Esa la razón por la cual toda

⁹⁹ "Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución"

decisión debe ser constitucional y la inobservancia de tal deber sustenta la inaplicación.

De esta manera y por esa razón, el control de constitucionalidad se extiende a la totalidad de habitantes del territorio. No se radica exclusivamente en los órganos jurisdiccionales sino que, aun los propios particulares, (por la fuerza vinculante del precepto), y mayormente los funcionarios públicos administrativos, están cobijados por tal restricción, para lo cual la inaplicación constituye instrumento apto de preservación de la Carta.

Esta prevalencia constitucional origina también un cambio de paradigma en la interpretación en cuanto ya no se trata de simple subsunción a un caso concreto como ordinariamente se ha atribuido a la ley, sino de fijar un sentido mediante interpretación auténtica a un texto que, según algunos, ordinariamente es de textura abierta como la Constitución. De allí se derivan dos consecuencias adicionales: El establecimiento del precedente judicial y la ponderación.

El primero, para la preservación de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad jurídica, pues siendo la Constitución la primera norma del orden jurídico, su "guardián" ha de delimitar el sentido de un texto a fin de que la totalidad de sus destinatarios lo apliquen en idéntico sentido a situaciones similares. Así entonces, en cuanto se fija y unifica el sentido del texto constitucional por el órgano competente, también se unifica su aplicación, lo que va confiéndole un sentido unívoco a la disposición constitucional¹⁰⁰. Ello sustenta filosó-

ficamente la institución, lo cual no obsta para que en su formulación se tengan las incoherencias y contradicciones antes señaladas.

De otro lado, en cuanto la Constitución es catálogo de derechos fundamentales bajo el sistema de *numerus apertus*, si la finalidad esencial del juez es comunicarla con la realidad, la exigencia adicional para su labor interpretativa es determinar el grado de aplicabilidad de un derecho constitucional en conflicto con otro, acudiendo al balanceo, a los test de razonabilidad y a la armonización concreta, a fin de que la Constitución viva en la realidad, puesto que ya el conflicto no se da entre ley y Constitución, pues la prevalencia de ésta permite la inaplicación de aquélla, sino entre derechos del mismo rango cuya eficacia concreta cuando están en conflicto, ha de sopesarla el juez, balanceo que también ha conducido a un alto grado de indeterminación del derecho.

Precisamente, la consagración de la Constitución Política como norma jurídica es lo que ha pretendido relegar la discusión sobre la prevalencia de alguno de los métodos interpretativos para centrar el debate en el tema de los derechos fundamentales y el concepto de Estado Social de Derecho, lo cual está acorde con un constitucionalismo y un neoconstitucionalismo que instituyen a la Carta Superior de una fuerza normativa y axiológica, al igual que de un conjunto de mecanismos normativos e institucionales que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales, no exenta de críticas para cuyo señalamiento seguiremos, en lo pertinente, a PAOLO COMANDUCCI¹⁰¹.

¹⁰⁰ Esta finalidad es similar a la que señala PAOLO COMANDUCCI, profesor de la Universidad de Génova, en su obra "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", en www.upf.es/dret/filos/comanducci.doc, sin referencia editorial, en cuanto a los Eforos previstos en el proyecto constitucional napolitano de 1799, cuyas principales funciones eran la de obligar a los otros poderes a observar la Constitución, la de anular los actos de un poder realizados más

allá de sus competencias, y la de proponer al poder legislativo la abrogación de las leyes inconstitucionales.

¹⁰¹ *Op. cit.* Véase también Neoconstitucionalismo(s), edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2003, págs 75 a 99.

Esa prevalencia surge como consecuencia obvia del constitucionalismo moderno entendido como ideología jurídica, en la que se identifican claramente su objeto, pretensiones, los medios ideados para la realización de sus fines, lo mismo que los instrumentos políticos diseñados para alcanzar sus propósitos.

Pareciera ser que la Corte en lo relativo al objeto y pretensiones constitucionales, se ha apoyado en la variante del constitucionalismo restringido, entendiendo por tal aquél que propugna por la adopción de una específica forma de constitución, -ya no una cualquiera como en el constitucionalismo amplio- a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo, propugnando a la vez por la implantación de un constitucionalismo fuerte¹⁰², ideológicamente inspirado en la adopción de una constitución orientada a garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal¹⁰³.

No obstante, en este aspecto comparativos la tesis de COMANDUCCI según la cual, el constitucionalismo no es en si

mismo una teoría del derecho, sino una ideología que pretende la limitación del poder y la defensa de derechos fundamentales, nutrido en gran parte, por un iusnaturalismo en cuanto identifica derecho y moral, y cuya reformulación como teoría del derecho la logra el neoconstitucionalismo, acudiendo a "una constitución "invasora", que señala positivamente un catálogo de derechos fundamentales, a la consagración de principios y reglas, y "por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley"¹⁰⁴.

En cuanto teoría del derecho, el neoconstitucionalismo se erige como una alternativa respecto de la teoría juspositivista tradicional en lo atinente al legicentrismo, al estatalismo y al formalismo interpretativo que fueron sus notas más caracterizadoras y distintivas. Para ello, la Corte pareciera haber optado por la tesis neoconstitucionalista según la cual ese alejamiento del iuspositivismo impone un nuevo método, para lo cual toma el modelo axiológico de la constitución como norma, que en tal virtud "...designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas), pero "a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye especial valor. En este modelo, como afirma DOGLIANI citado por COMANDUCCI, la constitución está "cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor en si" que es a lo que denomina constitucionalismo ideológico¹⁰⁵, para oponerlo al modelo de constitución como norma, entendiendo por tal un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras

¹⁰² El constitucionalismo débil según COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág 91; es aquél que pretende exclusivamente limitar el poder sin preocuparse por la defensa de los derechos fundamentales.

¹⁰³ Un segundo gran bloque diferenciador entre el constitucionalismo es el que dice relación con el constitucionalismo de los contrapoderes y de las reglas, según COMANDUCCI *Op. cit.*, pág. 93. Para dicho autor, el constitucionalismo de los contrapoderes, de evidente inspiración en la obra de Montesquieu, concibe los pesos y contrapesos como instrumentos para limitar el poder y/o garantizar los derechos fundamentales. El constitucionalismo de las reglas, por su parte, aunque también tiene por finalidad limitar el poder del Estado y garantizar derechos fundamentales, recurre a la defensa inalienable de las libertades individuales, de allí que se nutra de un iusnaturalismo voluntarista y racionalista propio del siglo XVIII, a pesar de lo cual ambos serían complementarios si presuponien la soberanía popular; son incompatibles si esto no sucede.

¹⁰⁴ COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág. 97.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 98.

reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes de entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas), lo cual a su vez marcará la diferencia en la interpretación.

Pero la pretensión de excluir completamente de la interpretación constitucional la aplicabilidad de los métodos interpretativos previstos para la ley, pierde de vista que a pesar de ser la Constitución una norma de superior jerarquía, "presenta al menos unas características en común con la ley: la de ser ella también un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la descripción de significado de un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta, desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de constitución"¹⁰⁶

Para eliminar tal contraargumento, pareciera haberse adoptado el *modelo axiológico de la constitución como norma*¹⁰⁷, en

virtud del cual el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación y aplicación de la Constitución respecto de la ley, sobre la base de la diversidad de sus objetos y finalidades, para lo cual hace énfasis en los diversos instrumentos diseñados para la defensa de los derechos fundamentales y esencialmente en la exigencia "de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución"¹⁰⁸; pero ello también pierde de vista que aún el modelo axiológico de la Constitución como norma es parte integral del orden jurídico, que por lo mismo no permite excluir ley y constitución, sino unificarlos en el sistema jurídico.

De otra parte, la Corte pareciera haberse inscrito en la corriente del neoconstitucionalismo metodológico apoyada para el efecto en ALEXY y DWORKIN, en el sentido de admitir que "al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral"¹⁰⁹, con lo cual a su vez formula una ruptura no solo respecto del iuspositivismo tradicional sino también con respecto a la improcedencia, así sea parcial, de la totalidad de los métodos interpretativos de la ley respecto de la interpretación y aplicación de la Constitución, pero con ello regresa a la vieja discusión entre moral y derecho.

cho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley".

¹⁰⁶ COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág. 99.

¹⁰⁷ Para demostrar la conexión entre iuspositivismo y neoconstitucionalismo ideológico, COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág. 100, señala que "Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo en ALEXY, DWORKIN y ZAGREBELSKY) entiende que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre el dere-

¹⁰⁸ COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág. 100.

¹⁰⁹ COMANDUCCI, *Op. cit.*, pág. 101.

Por lo demás, ese neoconstitucionalismo ideológico y metodológico al cual pareciera adscribirse la Corte, podría haber conducido a lugar distinto al que pretende con el precedente, pues su elaboración poco ortodoxa en ocasiones y la técnica de la ponderación de los derechos constitucionales lesionan la igualdad y la seguridad jurídica, como principios que lo sustentan¹¹⁰.

¹¹⁰ Al respecto afirma COMANDUCCI. Op. cit., págs. 106 y ss: "Lo más peligroso es la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ponderación de los principios constitucionales y de la interpretación moral de la Constitución. DWORKIN uno de los principales exponentes de la ideología neoconstitucionalista, sostiene la tesis según la cual un derecho, formado, además por reglas, por principios fundamentales que tiene su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la única solución justa, o correcta)." Pero Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de las justificaciones de las decisiones judiciales.

Desde esta perspectiva, la respuesta de DWORKIN es inaceptable, dado que la configuración de los principios, que son especies del *genus* normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntarnos si puede reducir las para lo cual se requerían estas condiciones:

1) Si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces o, lo que es lo mismo, si existiese una moral positiva, conocida y observada por los jueces; 2) Si los jueces observaran siempre las prescripciones de DWORKIN y ALEX, y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo estas condiciones, la creación de principios por obra del legislador, o la configuración de principios, por obra de los jueces o de la dogmática, podría reducir la indeterminación *ex ante* del derecho:

Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y las cosas están así no tanto por discutidas razones metaéticas, que afirman la existencia de una moral objetiva, sino por razones factuales. De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

En condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero parece no reducir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y esto me parece ser así por tres razones:

1) Porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto, ésta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*.

2) Porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*.

3) Porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho.

Pero lo que no creo es que, en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigan directamente (como parece creer DWORKIN) el valor de la certeza del derecho. Estas actividades, que persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del

5. Los métodos de interpretación

¿Y qué hacer respecto de la interpretación constitucional, con los métodos (en realidad elementos) interpretativos tradicionales, cuya aplicabilidad estuvo referida siempre a la ley?

¿Qué hacer con el GRAMATICAL dirigido a precisar el tenor o significado literal de las palabras empleadas por el legislador; el LÓGICO, el SISTEMÁTICO que relaciona las normas entre sí de acuerdo a la institución que regule; el HISTÓRICO basado en los antecedentes de la disposición y las causas sociales, políticas, económicas de su adopción, el TELEOLÓGICO que mira la finalidad propuesta en un momento dado y el SOCIOLÓGICO que valora las fuentes materiales que ameritaron la expedición de la norma, es decir las causas que generan el surgimiento, el cambio o el desarrollo del derecho?¹¹¹

punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones "al por mayor", ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hetero y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo..."

¹¹¹ "Hay un dato originario de la vida social que es común al jurista y al sociológico del derecho: Es la conducta connatural, es decir, la conducta conforme a las valoraciones vigentes en el medio social en cuestión. Esta conducta se preocupa consigo misma, se proyecta y aparece así como un *deber ser existencial* que las *valoraciones vigentes*, es decir, la axiología positiva, nos permiten captar como un fenómeno de sentido. Este es el dato originario común al jurista y al sociólogo del derecho. Pero mientras el jurista revive y actualiza, en sus actos de *comprensión*, el *sentido* que ese hecho comporta, el sociólogo se limita a recoger ese sentido para luego *explicarlo* por sus causas. Ambos enfoques son posibles porque el hombre es a la par sociedad y cultura" COSSIO, *Ciencia del derecho y sociología*, citado por AFTALIÓN, pág. 96, lo que a su vez sirve para reformular la antigua diferenciación que entre una y otra se

Debe señalarse en primer término que la doctrina es constante y uniforme en señalar que ellos en realidad no constituyen métodos sino elementos de la interpretación. Su elaboración, como está dicho, corresponde a SAVIGNY quien propuso pasar del "*arte de la observación*", es decir, de la experiencia de observar cómo se interpreta, a la "*Teoría de la Interpretación*" entendida como sistema armónico para la labor hermenéutica¹¹².

Nuestra propuesta elaborada sobre la base de la tridimensionalidad del derecho permite su aplicabilidad con la pertinencia y razonabilidad que cada caso demanda, pues más allá del concepto de ley o constitución, postulamos una ciencia jurídica cuyo objeto de conocimiento y referente interpretativo es la conducta humana biográfica, conducta en libertad, conducta que valora y elige un sentido existencial, por lo mismo valiosa positiva o negativamente, en su deber ser y en interferencia intersubjetiva, integrada por norma, conducta y valor, y englobada dentro del concepto de orden jurídico.

Conducta norma y valor, o como se les llama en la doctrina, *estructura lógica, contenido empírico y valoración jurídica*, son los elementos que interactúan para conferírle al Derecho su verdadera entidad, puesto que aun reconocida la trascendencia de la conducta, ella sola, con prescindencia del esquema normativo o de los valores, no jugaría papel trascendente en el ámbito de lo jurídico.

El marco normativo, por su misma estructura, es limite respecto de la conducta que es objeto de valoración y cuyo papel es doble: Constituye esquema de interpretación de la conducta descrita en él, pero al mismo tiempo y precisamente porque el orden jurídico tiende a la realización de

hacia sobre la base de que el derecho estudia normas y la sociología hechos.

¹¹² Véase Interpretación Constitucional, DIEGO LÓPEZ MEDINA, Consejo Superior de la Judicatura, 2002, págs. 28 y ss.

valores (orden, seguridad, paz, cooperación, solidaridad, justicia) y a la tutela de bienes, implica un recorte de la facultad de autodeterminación de los destinatarios, e impone bajo una amenaza lícita (coercibilidad), la realización de algunas conductas que el legislador estima valiosas y desestima la realización de otras que juzga disvaliosas, como medio apto para la materialización de aquellos. Así ocurre por ejemplo con el postulado de obrar de buena fe y las prohibiciones específicas de contrariarla.

En consecuencia, el primer elemento que encuentra el interprete es el dato legal, dato a priori, cuya fijación de sentido ha de lograrse mediante el método o elemento gramatical, aplicable tanto al texto legal como al constitucional, pues en la comprensión de lo jurídico no es dable excluir lo que expresen las normas, que obran como agente condicional de la labor hermeneútica, dado que su inobservancia generaría en el operador jurídico, una *vivencia de contradicción* según COSSIO.¹¹³

Igual puede afirmarse de la conducta, que resulta ligada indisolublemente a la norma, pues aunque la mirada de los operadores jurídicos tradicionalmente se ha dirigido a las normas como objeto de interpretación, no puede perderse de vista que también los hechos (conductas o *caeceres*), como se verá, son valorables, en tanto se trata de resolver materias concretas, realidades vitales y no meras abstracciones o disquisiciones académicas. De allí el elemento sociológico.

Cabe decir otro tanto de los valores jurídicos, ya que ellos son tales, en función de la conducta que se describe en la norma. "El juez -del mismo modo que el legislador o el constituyente en sus respectivas esferas- "se sentirá apesado, como por mallas invisibles de acero de las que no podrá escapar, porque el no vive en un trasmundo, sino que participa necesaria-

mente de las valoraciones ambientales. Su existir es un coexistir con los demás en su tiempo. Por lo mismo, si al valorar prescindiese de la axiología de sus coetáneos experimentará una suerte de defecto en su comprensión, ya que no se encontrará respaldado en su valoración por la comunidad que le confiere objetividad"¹¹⁴, de allí la plena aplicabilidad del elemento HISTÓRICO para auscultar antecedentes de la disposición y sus causas sociales, políticas, económicas de su adopción, y del SOCIOLOGICO que valora las fuentes materiales que sustentaron su creación, ello por cuanto no puede entenderse un valor jurídico respecto de una conducta considerada en abstracto, aislada, sino tan solo en relación con las demás conductas de otros hombres del grupo social, es decir, una "*pluralidad conexionada*" al decir de COSSIO, puesto que si bien el derecho también es valor (dado su carácter de objeto cultural) no lo es menos que su realización requiere referentes normativos y conductas intersubjetivas, lo que hace procedente el elemento LÓGICO, destinado a desentrañar la intención del legislador y el criterio que tuvo al expedir la ley.

La pertinencia del elemento lógico, histórico y sociológico se sustenta adicionalmente en el hecho de que en cuanto el juez sentencia, realiza valores que le vienen impuestos externamente¹¹⁵, tanto por las fuentes materiales como por las formales, que son las que confieren intersubjetividad a su convicción.

La naturaleza tridimensional del Derecho que se deja advertida, implica una

¹¹⁴ COSSIO, CARLOS. *El derecho en el derecho judicial*, Op. cit., pág. 142.

¹¹⁵ "La sentencia conceptúa su caso, muestra lo individual como caso de lo general. Pero aparte de lo individual sobre lo que decide, hay pues siempre en la sentencia, la afirmación de algo general que sirve para conceptualizar a aquello. Esto general es, precisamente, lo que sentencias diversas tienen de común, y que permite hablar, por lo tanto, de la uniformidad, sentido concordante, o repetición de los fallos, es decir, de jurisprudencia".

¹¹³ COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, Op. cit., pág. 142.

visión multidisciplinaria del mismo, no simplemente pluridisciplinaria, pues si bien la norma exige un primordial enfoque desde el punto de la dogmática jurídica, la conducta no puede comprenderse sino merced a las luces de la sociología, y el valor no podrá ser captado en su real dimensión, sino con el auxilio de la axiología, de allí que quepa afirmar que esa tridimensionalidad en realidad está configurada por cuatro elementos: "el agente de la conducta, el legislador, la comunidad y el juez"¹¹⁶, que permiten desentrañar el auténtico sentido integral de lo jurídico para lo cual el elemento SISTEMÁTICO que relaciona las normas entre sí de acuerdo a la institución que regule y el TELEOLÓGICO que mira la finalidad propuesta en un momento dado son también pautas interpretativas procedentes.

Pero todo ello además, deberá integrarse en el ORDEN JURÍDICO¹¹⁷, que no es sinónimo de orden normativo, en tanto que este último está constituido por normas positivas, jerarquizadas en rangos de mayor a menor generalidad, desde la Constitución en sentido jurídico positivo, es decir, la primera norma puesta positivamente en un acto o proceso formal de creación, precisable históricamente y de la cual derivan, en última instancia, su validez formal todas las demás normas, que es a lo que ordinariamente se denomina Constitución escrita, máxima norma, norma de normas, hasta las normas de carácter individualizado, como las decisiones jurisdiccionales, pasando por los rangos intermedios: legislación y administración, distinto en un todo al orden jurídico que constituye un sistema¹¹⁸ de normas que regulan

integralmente las conductas humanas biográficas en un estado determinado.

Ese orden jurídico, en cuanto sistema, excluye la simple agrupación indiscriminada y caprichosa de normas, puesto que si bien es una multiplicidad normativa, todas ellas están estrecha y funcionalmente vinculadas, de tal manera que en última instancia resultan ligadas por relaciones de validez, con una norma única que es precisamente la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el derecho internacional, carácter sistemático que niega la posibilidad de la existencia de normas aisladas, o de la coexistencia y vigencia simultánea en los mismos ámbitos de validez temporal, material y espacial, de normas que correspondan a otro orden y sin que ello signifique tampoco que todas ellas tengan idéntico rango, jerarquía, generalidad o especialidad.

Ello permite afirmar en consecuencia, que el orden jurídico está constituido no solamente por el orden normativo en estricto sentido sino además, por la Constitución en sentido lógico jurídico o norma fundante básica¹¹⁹, es decir, por el principio

normas incompatibles". BOBBIO, *Op. cit.*, pág. 183, no obstante lo cual La Teoría del Derecho también ha elaborado un sólido cuerpo para resolver el problema de las antinomias.

¹¹⁹ KARL LOWENSTEIN la denomina sentimiento constitucional, definiéndolo como la "...conciencia de la comunidad que, (superando) todos los antagonismos y tensiones existentes (de carácter) políticos-partidistas, económicos-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad" Teoría de la Constitución, Traducción de Alfredo Gallego, Anabitarise. 2 edición. Barcelona Ariel, pág. 200.

BOBBIO. *Op. cit.*, pág. 170, por su parte afirma que "No solo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cuales, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y

¹¹⁶ AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 65.

¹¹⁷ RICO PUERTA, LUIS ALONSO. *Teoría General y práctica de la contratación estatal*, Editorial Leyer, 2000, páginas 84 y 85. También en Derecho Civil Bienes, Derechos Reales, Tomo I, FERNANDO JARAMILLO JARAMILLO y LUIS ALONSO RICO PUERTA, Editorial Leyer, 2001, págs. 153 y 154.

¹¹⁸ "Se dice que un ordenamiento jurídico es un sistema porque en él no pueden coexistir

axiológico y formal que expresa que la primera constitución debe cumplirse, sin el cual no puede explicarse la validez y obligatoriedad del orden, y también por toda la cantera o venero axiológico integrado por los principios generales, que entrañan a su vez los valores inspiradores del sistema, esto es, por los principios generales del derecho como valores metapositivos que no solamente inspiran todo el orden jurídico, pues son la fuerza axiológica que lo

como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertenencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental.

Una teoría coherente del ordenamiento jurídico no puede estar disociada de la teoría de la norma fundamental. Al respecto cualquiera podría preguntar: ¿Y, en qué se fundamenta la norma fundamental? Gran parte de la dificultad para admitir la existencia de la norma fundamental se deriva de la objeción que se formulan con esta pregunta. Hemos dicho varias veces que la norma fundamental: esa un presupuesto del ordenamiento, pues ella cumple; en un sistema normativo, la misma función que cumplen los postulados en un sistema científico. Los postulados son las proposiciones primarias de las cuales se deducen otras, sin que a su vez sean deducibles. Los postulados se establecen, o por convención o por una supuesta evidencia suya. Lo mismo se puede decir de la norma fundamental: ésta es una convención o, si se quiere, una proposición evidente que se coloca en el vértice del sistema porque con ella se pueden relacionar todas las otras normas. A la pregunta ¿en qué se fundamenta esta norma? Se debe responder que la norma fundamental no tiene ningún fundamento; porque si lo tuviera dejaría de ser la norma fundamental ya que habría una norma superior de la cual dependería. Quedaría entonces planteado el problema de esta nueva norma, problema que sólo podría ser resuelto acudiendo a otra norma, o bien, aceptando la nueva norma como postulado. Todo sistema tiene un origen. El preguntarse qué se encuentra detrás de este comienzo es un problema estéril. La única respuesta que se puede dar a quien desee saber cuál es el fundamento del fundamento, es que para saberlo se necesita salir del sistema".

crea, sino que son insustituibles para la aplicación y para la interpretación de todo el sistema y que no pueden explicarse sino como resultado cultural de las fuentes formales, de las fuentes reales o materiales y de las fuentes históricas.

De allí que tan impreciso sea reducir todo el orden normativo a la ley, como asimilar los conceptos orden normativo y orden jurídico.

Esa integración del orden jurídico por principios, valores y normas positivas y metapositivas, hace indispensable igualmente para efectos hermenéuticos la adopción, en lo pertinente de las posturas de las distintas escuelas. Así, habrá lugar a aplicar el criterio exegético en materia de sanciones, pero también acudir a la dogmática entendiendo por tal el espíritu histórico del pueblo con lo que ello pueda significar a la luz de la Constitución de 1991, la jurisprudencia de intereses en lo atinente a los fines y consecuencias del orden jurídico, la libre investigación científica en cuanto supone reconocer la trascendencia de las fuentes materiales, a la escuela del derecho libre al amparo del valor solidaridad que es integrante del orden jurídico, la tendencia sociológica en cuanto se trata según palabras de la Corte Constitucional de hacer un constitucionalismo para América Latina, la jurisprudencia sociológica en cuanto debe tenerse en cuenta la historia, los factores presentes, los datos de la realidad y los valores sociales, el realismo jurídico en cuanto el derecho es lo que los jueces dicen en sus providencias, el culturalismo de Reale, la tridimensionalidad egológica teniendo como centro de gravedad la libertad biográfica, KELSEN con su distinción entre y ser y deber ser y la cadena imputativa y DWORKIN sobre la base de la integridad, justicia, equidad y coherencia, muy a pesar de que la moral objetiva que reclama el neoconstitucionalismo en algunas de sus vertientes, reformule el viejo problema de la distinción entre derecho y moral.

O en una palabra: En lugar de un método exclusivo y único, una sumatoria de elementos de las distintas concepciones

que permita desentrañar el verdadero sentido de la Constitución Política, del orden jurídico y del orden normativo. Precisamente la comprensión que del orden normativo hace el orden jurídico, es lo que permite afirmar la procedibilidad de la aplicación a la interpretación constitucional, de los métodos o elementos interpretativos diseñados para la ley, pues en ambos regímenes (a pesar de la unidad del sistema) existe dato normativo, conducta, valores, textura abierta del lenguaje, lenguaje moral, lenguaje político y casos difíciles.

No exclusiones sino sumatorias en el entendimiento de que el derecho además de norma, de allí la exégesis, no es sólo norma, sino en esencia conducta, espíritu histórico del pueblo, fines y consecuencias del orden jurídico, fuentes materiales, solidaridad, historia, realidad social, valores sociales, libertad biográfica, ser y deber ser y cadena imputativa, es decir, además de norma, conducta y valor, y así, la totalidad de los métodos, en lugar de haber sido excluidos o reevaluados, han sido aglutinados como integrantes todos de criterios hermenéuticos del orden jurídico.

Precisamente en cuanto siempre el dato normativo es inferior a la realidad, todo asunto sometido a decisión será un caso difícil, pues es evidente que en términos existenciales no puede existir un caso fácil, de allí la procedencia adicional de la tópic¹²⁰, de la argumentación, de la pondera-

ción, del balanceo, del test de razonabilidad, del test de igualdad, etc., y la discusión de las nuevas posturas sobre la racionalidad del derecho, la filosofía analítica, los lenguajes formalizados, ordinarios y el del legislador, la lógica formal, material y jurídica, la lógica del derecho y la lógica de las normas, la lógica de lo razonable, la Retórica, la racionalidad jurídica, el debate sobre razón y derecho, sobre el razonamiento jurídico, sobre el razonamiento judicial, sobre las nuevas teorías de la argumentación, los tipos de argumentación, argumentos de principio y argumentos concluyentes, problemas fácticos, lógicos y axiológicos, problemas normativos, el problema de la justificación jurídica, tanto interna como externa y normativa, validez y aplicabilidad, la prevalencia de los valores, el irracionalismo jurídico, lo mismo que el control de la actividad judicial como límites y posibilidades de la razón jurídica, casos genéricos y casos particulares, pues se trata siempre de lo mismo: De discutir en torno a un viejo objeto al amparo de las luces y las necesidades que dictan las nuevas realidades, puesto que el derecho no tiene más sentido ni finalidad que resolver el qué, el aquí y el ahora del ser humano, y así entonces, la complejidad misma de la vida, se traslada a la complejidad de decidir, de fijar un sentido correcto, y por lo mismo, el centro de gravedad del orden jurídico lo ocupa la vida existencial, no la norma. De allí que postulemos con COSSIO

¹²⁰ Aunque no es objeto del presente trabajo, aludimos a la Tópica o "arte de la invención" que en palabras del propio VIEHWEG, en lugar de nutrirse de la lógica formal, acude a la esencia del problema.

PERELMAN en su obra "La lógica Jurídica y la nueva retórica", Madrid, Civitas, 1979, enlista tópicos de Tarello y Stucks, tales como el argumento a contrario, analógico, a fortiori, psicológico, histórico, teleológico, económico, sistemático, etc. (citado por DIEGO MARTÍNEZ MARULANDA, Fundamentos para una introducción al derecho, Erinia, Editorial Universidad de Antioquia, 2000, pág. 439 y ss)

Todo ello, ordinariamente se ha identificado como "nuevo derecho", perdiendo de vista, quienes eso afirman, que su exposición en la comunidad académica se inició desde los años 50 con VIEHWEG, PERELMAN y TOULMIN, y con otras variables, en cabeza de MACCORMICK y ALEXY, como bien lo señala MANUEL ATIENZA, en su obra "Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000. Para el mismo efecto, vale agregar que ya Aristóteles (384 a. de JC- 322 a. de JC) en sus "Tratados de Lógica (Organon) aludía a la función de la "Tópica".

que lo que se interpreta no es la norma sino la conducta por medio de la norma por mediación de los valores vigentes de la sociedad.

La conducta como centro de gravedad de la interpretación¹²¹

Precisamente, por la exigencia de la triple visión dogmática, sociológica y axiológica, la interpretación no puede ser un acto mecánico en el que el operador jurídico halla lo que desea hallar, o la utilización de una fórmula única, exclusiva y excluyente que permita una solución correcta, sino, el sentido que el orden jurídico pueda arrojar por virtud de esa triple operación cognoscitiva de un acto único: *valorar la conducta* realizada a la luz del *esquema normativo*.

La necesidad de esa tridimensionalidad y de esa sumatoria, en lo pertinente, de los diferentes elementos, escuelas o métodos, surge de la vida misma. Con razón ha dicho con sabiduría CARNELUTTI que el operador jurídico es siempre un historiador. Pero, la conducta que reconstruye, normalmente no fue realizada en su presencia, no tiene de ella más que un dato histórico documental o documentado. No conoció las intimidades de la convención o del hecho. Los hombres de carne y hueso que vivieron ese momento, en ocasiones ya no están. Muchas veces, (en los contratos solemnes por ejemplo), la expresión de sus aspiraciones existenciales, la volición que los indujo a actuar, la vida de quienes participaron, queda registrada y circunscrita al específico y precario marco documental.

Escapan por tanto, al conocimiento del operador, segmentos de la conducta¹²², de

La conducta biográfica puede valorarse desde diversos puntos de vista y teniendo como *última ratio* el particular valor del área desde la cual se opera su cualificación. Así, si se le juzga desde el concepto de los valores útiles se impone indagar por su contenido adecuado o inadecuado, conveniente o inconveniente; si se le ausculta desde los valores vitales, la inquietud ha de versar acerca de si es fuerte o débil; si desde los valores lógicos se indagará por la verdad o falsedad; si desde los valores estéticos por lo bello o feo, sublime o ridículo; mientras que si la operación axiológica se cumple desde los valores éticos, justicia o injusticia han de ser los calificativos con los que concluya la operación, pudiéndose englobar la totalidad de esas valoraciones dentro del campo de la ética en su tridimensional acepción: moral, derecho y convencionalismos sociales.

Precisar desde cuál segmento de la ética se juzga la conducta, resulta de la mayor trascendencia, dado que cuando se afirma que una conducta libre es justa o injusta, ello implica una valoración ética desde el sector jurídico efectuada sobre la base axiológica propia de ese sector. Por el contrario, si se juzga una conducta como buena o mala, el sector ético que se implica en tal juicio es la moral, ya que bondad y maldad son por excelencia su valor y disvalor.

Pero también puede valorarse una conducta sin referir a ella un valor jurídico o moral. Así ocurre cuando una conducta es estimada como indecorosa. Se excluye en tal juicio lo jurídico y lo moral pero se implican las reglas de valoración del decoro social, como otro segmento de la ética con su propio catálogo de sanciones. Ello no obsta para que en ocasiones, pueda valorarse distintamente desde los puntos de vista jurídico, moral y decoroso. En ocasiones, una misma conducta puede contrariar los tres ordenamientos. En otros eventos, una misma conducta viola uno pero no los otros. A veces uno de esos ordenamientos regula de una manera una conducta y otro la regula de otra manera.

Cabe afirmar en consecuencia, que hay conductas que son lícitas jurídicamente, pero no morales, es decir conductas que el derecho acepta pero la moral repudia y hay conductas que el derecho y la moral aceptan, pero el decoro sanciona. La ética no es entonces un bloque, sino un área constituida por diversos

¹²¹ RICO PUERTA, LUIS ALONSO, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, 2 ed, 2001, págs. 160 a 163.

¹²² La conducta objeto de valoración, es la conducta humana libre, biográfica, "conducta con sentido" puesto que la conducta humana no libre, es decir la conducta humana biológica, es susceptible de valoración, pero ello resulta absolutamente intrascendente, neutra al juicio de valor.

alta incidencia en el acto decisorio. Se diluye un trozo de vida que puede ser definitivo para el juzgamiento, puesto que la vida no es sólo ese acto sino el entorno de ese acto.¹²³ Quien interviene no es solamente el hombre del acto de que da cuenta el contrato, sino el hombre con toda su vida. La decisión aunque converge a ese punto, está edificada sobre la totalidad de horizontes existenciales de los actores¹²⁴.

La tarea del operador jurídico es, precisamente, reedificarla para deducir de ella consecuencias jurídicas y sociales. Allí radica la grandeza y la miseria (la frase es de CARNELUTTI) de la delicada tarea del operador. Al tiempo que reconstruye la conducta y la valora¹²⁵, también en cada

sectores integrantes de un todo, dado que no todo lo ético es jurídico, ni todo lo ético es la moral, ni todo lo ético es lo decoroso, puesto que ninguna de esas normatividades o segmentos, abarca la totalidad de lo ético. En lo jurídico, cuando el legislador expide normas, valora éticamente, conductas libres, desde el punto de vista jurídico, ya que aquéllas no son más que exteriorización de juicios de valor. Igual ocurre con las normas morales, que comportan un juicio de valor ético moral sobre la conducta humana, libre, y también con los convencionalismos sociales.

¹²³ Por ello creemos que la prueba no tiene por finalidad exclusiva servir de sustento a la decisión, sino en primer lugar, recomponer históricamente una conducta y una vida para juzgarla y proyectarla.

¹²⁴ "Si comprender el sentido de algo es, en última instancia, insertarlo en un todo o complejo significativo, es obvio que la perfecta comprensión de una acción, por banal que esta parezca, no puede considerarse lograda si no es refiriéndola, en lo posible a ese todo estructural dinámico, a esa "totalidad sucesiva (Rougés), cuyo común denominador -principio de fundamentación unitario, diría Husserl- es dado por la personalidad". AFTALIÓN, *Op. cit.*, pág. 61.

¹²⁵ La valoración ético jurídica de la conducta. Si bien, la interpretación implica la norma, la conducta y el valor, la conducta que es susceptible de valoración no es la biológica sino la biográfica, la existencial, la vida que elige previa valoración, la que es inclinación hacia un deter-

minado horizonte, la vida como categoría de futuridad, como permanente elección en la que valorar y actuar están unidos dialécticamente e indisolublemente, la vida en la que para decidir resulta indispensable valorar previamente, optando, fijando un rumbo a la conducta, imponiendo un sentido, una proyección hacia un fin, a un querer ser una determinada cosa y de una cierta manera. En eso radica la valiosidad de la conducta, y su deducción es precisamente la labor hermenéutica.

El sentido y el valor los determina la ley por vía general. Toda norma aspira a su realización. La hipótesis normativa sugiere la realización de una conducta que juzga deseable y desestimula la realización de otras que encuentra inconvenientes. Apareja, a la realización de unas u otras, consecuencias jurídicas premiales o castigo. Encuentra así explicación la coercibilidad, que al tiempo que anticipación normativa de consecuencias jurídicas representa la base ética de la sociedad, traducida en la abstención o en la realización de las conductas descritas normativamente.

El orden jurídico propone como deseable una conducta que se adecue a la de los fines previstos en él y en el evento de no hacerlo, le deduce una consecuencia jurídica. Pero, no obstante que la ley determina los valores y los fines, el sujeto destinatario puede aspirar a otros diversos. Su conducta consigna cuáles hace prevalecer. Corresponde entonces al operador, confrontar los valores y fines previstos en el orden jurídico con los particulares del sujeto, para determinar su coincidencia o no y deducir de ello consecuencias jurídicas a través del acto decisorio, que es en esencia un acto de concreción de la hipótesis legal y al mismo tiempo de creación de normas en sentido particularísimo a través de la fuente formal: El respectivo proceso, jurisdiccional, administrativo, disciplinario, etc.

De otra parte, y como labor adicional en materia valorativa jurídica, está la determinación ontológica del derecho, es decir, la determinación del ser objeto de conocimiento y la aplicación del método de conocimiento adecuado y correspondiente, para juzgar la conducta a la luz de sus privativos valores, sin que pueda incorporarse elementos de la moral o religiosos.

La imprecisión por parte del operador jurídico del área valorativa, constituye evidente riesgo para quien es juzgado, puesto que con esa

acto decisorio la proyecta con categoría de futuridad. El operador jurídico determina los segmentos jurídicos que habrá de recorrer el ser humano. En cierta medida señala el futuro, la vida próxima del hombre, dado que toda decisión implica siempre una restricción o una ampliación de la libertad jurídica (y en ocasiones también física) de los sujetos cuya conducta juzga y valora a la luz del esquema normativo. En ese sentido el operador jurídico es siempre arquitecto del destino del hombre y al mismo tiempo es también un dispensador de paz o de conflicto en el grupo social, según la mayor o menor realización de valores jurídicos que su decisión logre.

Tales implicaciones demuestran cómo la labor interpretativa no puede reducirse a la exclusiva operación de esquemas normativos, a la simple técnica legal, a la precaria manipulación del aspecto formal del derecho, sino que debe efectuarse, partiendo del referente obligado que es el esquema normativo, a indagar por la conducta biográfica, que constituye el centro de gravedad del examen jurisdiccional o administrativo; por la vida íntegra del hombre, con sus luces y sus sombras, de manera que contrastados tales aspectos, se objective un reflejo aproximado de los seres que intervienen en el acto o en el hecho.¹²⁶

inadecuada percepción es posible que acuda a combinaciones axiológicas inadmisibles en el objeto derecho, es decir, a valoraciones ajenas al área a la cual ha de circunscribirse esa conducta.

¹²⁶ GARCÍA MORENTE, MANUEL, en sus *Leciones Preliminares de Filosofía*, pág. 386, Editorial Época, México, S.A., 14ª edición, sin fecha, bella y poéticamente ha dicho: "La vida... tiene como primer carácter "el de la ocupación". Vivir es ocuparse; vivir es hacer, la vida es una ocupación con las cosas. Por esencia, la vida es no-indiferencia, a la vida no le es indiferente ser o no ser. A la vida le interesa primero ser y segundo ser esto o aquello, le interesa existir, consistir. Vivir no es solamente existir. Vivir es vivir de cierta manera". La vida; agrega el autor "... presenta esta otra contradicción: que la vida nos es y no nos es dada. Nadie se da la vida a

Pesan por tanto en la conducta¹²⁷ del hombre, la vida como proyecto existencial, como meta a alcanzar, como querer ser algo y de cierta manera, y la nada como la no obtención del objetivo propuesto, como no realización. En ese sentido la vida del ser humano es siempre angustiada por cuanto se mueve entre la posibilidad de ser y la de no ser aquello que quiere ser.

Si la vida es angustiada, también todo juzgamiento es un drama existencial, todo acto valorativo es un escenario de angustia

sí mismo. Nos encontramos en la vida, nuestro yo se encuentra en nosotros, sólo sabemos que vivimos, por consiguiente en cierto respecto, la vida nos es dada. Pero esa misma vida que nos es dada la tenemos que hacer nosotros...y hacémosla es precisamente vivir. Esa nota característica de la vida, la no-indiferencia, se manifiesta en la angustia". "La angustia es el carácter típico y propio de la vida, la angustia de la vida es afán de vivir, es no-indiferencia, la angustia es afán de ser, ansiedad de ser, por seguir siendo, porque el futuro sea presente, pero por otro lado, esa ansiedad de ser lleva por dentro el temor de no ser, el temor de dejar de ser, el temor de la nada. La angustia contiene en su unidad emocional, sentimental esas dos notas ontológicas características: Por un lado la afirmación de la ansiedad de ser y por otro lado la radical temerosidad ante la nada, es decir, de ya no ser. La nada sobrecoge al hombre: entonces la angustia de poder no ser es la que lo atenaza y sobre ella se levanta la preocupación, y sobre la preocupación la acción para ser, para seguir siendo, para existir".

¹²⁷ La valoración técnica de la conducta. Pero, la conducta humana biográfica puede valorarse desde otro punto de vista diferente al ético, como ocurre con la valoración técnica. Son diversos enfoques de idéntica conducta: La valoración ética se refiere al qué de la conducta humana, para determinar qué o cuáles conductas deben actuarse o no actuarse. La valoración técnica sólo indaga por el cómo debe realizarse, precisando si que cuando aludimos a la valoración técnica no lo hacemos como sinónimos de postulados apodícticos prácticos Kantianos, sino a reglas legales que determinan las condiciones de tiempo, modo y lugar de la conducta objeto de valoración jurídica.

para quien lo vive. La angustia radica en que la vida del juzgado no depende ya, exclusivamente, de su proyecto existencial sino que su diseño queda por entero sometido a un tercero, quien lo determinará con su particular cosmovisión.

Allí radica la trascendencia de juzgar. Dos hombres cuyas vidas son diversas, cuyos proyectos existenciales coinciden o no, quedan unificados por el acto de juzgamiento, puesto que en él, el juzgador incorpora con carácter vinculante sus valores respecto del juzgado. En gran medida el juzgado, a partir de la decisión, vive la vida con los horizontes existenciales del juzgador, puesto que cada fallo tiene la impronta de la personal visión de la existencia de éste. En él se consignan los valores que hace prevalecer, se describe el modelo de sociedad al que aspira, denota los particulares entornos de la conducta futura del juzgado, y describe la voluntad que restringe o amplía. Todo ello moldea cada acto decisorio y el tiempo de ese ser.

Pero también el juzgador anticipa el tiempo del hombre, porque señala la conducta inmediata. La elección y el sentido del próximo acto del juzgado ya no le corresponden, le son impuestos. Si se admite que "La vida"¹²⁸ tan pronto como ha sido, deja de ser... es anticipación, es afán de querer ser, es anticipación del futuro, es preocupación que hace que el futuro sea... el germen del presente" y "corre en busca de sí misma, camina en busca de la vida y el rastro que deja tras de sí después de haber caminado, es ya materia inerte" se comprende el porqué ese afán de ser no depende ya del propio sujeto juzgado sino que es determinado por el juzgador.

Admitido el carácter de proyectador que el operador jurídico tiene sobre la existencia de los seres intervinientes en la relación jurídica sometida a su decisión, la interpretación de la conducta debe acompañarse del conocimiento y valoración de la totalidad de la existencia, puesto que el telón de

fondo del derecho es inevitablemente el ser humano a la luz del esquema normativo.

La conducta biográfica, con toda su complejidad, valorada sobre la base de la dignidad humana, y por lo mismo telón de fondo de la labor interpretativa en el Estado social de derecho es la que permite deducir y tutelar los fines constitucionales y comunicarlos con la realidad, salvar las diferencias insolubles entre la prevalencia o pertinencia de los métodos interpretativos y dotar de objetividad y legitimidad a la decisión¹²⁹, para lo cual el concepto de orden jurídico como significado totalizante del quehacer jurídico, hace innecesaria la distinción entre ley y constitución con propósitos excluyentes respecto de la aplicabilidad de algunos métodos hermenéuticos.

¹²⁹ "Cuando se afirma que lo objetivo viene a ser lo intersubjetivo trascendental, se quiere decir que lo objetivo se fundamenta en el hecho gnoseológico de que el punto de vista desde el cual se contempla algo, esté constituido por la posibilidad de que eso que es así para mí, sea también así para todos los demás; vale decir, se trata de la posibilidad de que no solo yo, sino el prójimo y todos los prójimos, pueden ver eso mismo que yo veo. Es pues, el punto de vista mismo, el que tiene que contener intersubjetividad de los otros. Si no hay intersubjetividad en el punto de vista, no se puede hablar nunca de lo objetivo y lo objetivo en su desarrollo será aquello que es así para mí, para todos los demás"; siendo claro que este acuerdo posible sobre el objeto, presupone la intersubjetividad del punto de vista" (CARLOS COSSIO, "El derecho en el derecho judicial, pág. 155), o lo que es lo mismo, la moral objetividad a que no puede significar nada distinto a admitir que la interpretación debe conducir necesariamente al reconocimiento de la dignidad humana y a la intangibilidad de los derechos fundamentales.

¹²⁸ GARCÍA MORENTE, *Op. cit.*, pág. 386.

INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SUS RETOS EN EL SIGLO XXI

Dra. Alba Luz Muñoz Restrepo¹

SUMARIO: I. Marco teórico. II. Objetivos. III. Metodología. IV. Cronograma. V. Bibliografía. VI. Presupuesto.

El hombre del Siglo XXI está enfrentado a grandes retos que la sociedad del mundo actual le demanda, en donde cada vez cobra gran importancia la producción del conocimiento, y por ello es necesario seguir reconociendo que una de las principales herramientas para hacer frente a estos retos es la investigación científica, sus paradigmas y diferentes métodos empleados para estudiar un objeto que se deja conocer.

Obviamente de esta realidad no escapamos en el área del derecho, en donde la normatividad tiene su razón de ser, en la regulación de las conductas de los miembros de las sociedades, reconociendo además el carácter científico de las ciencias sociales dentro de las que incluimos el derecho.

Así pues entendemos que la investigación jurídica no solo se dedica a la comprensión de algunos aspectos de la sociedad, sino a apoyar la transformación de estos, en un medio que cada vez nos exige la aplicación de paradigmas que sean capaces de dar respuesta a la complejidad de nuestra realidad y que son cambiantes en la medida que el conocimiento va adquiriendo una obsolescencia cada vez mas alta, consecuencia ésta que se debe a la dinámica del mismo medio.

Podemos entender por paradigma a un modelo o ejemplo a seguir, por una comunidad científica, de los problemas que tiene que resolver y del modo como se van a dar las soluciones.

Un paradigma comporta una especial manera de entender el mundo, explicarlo y manipularlo.

Estos modelos son "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica".

Este paradigma ofrece al que lo sigue:

- Una base de afirmaciones teóricas y conceptuales,
- Un cierto acuerdo entre los problemas urgentes a resolver,
- Unas técnicas de experimentación concretas
- Unos supuestos metafísicos que encuadran y dirigen la investigación y sobre los que no hay ninguna duda aunque sean improbables.

Es precisamente esa adhesión a un paradigma común lo que permite distinguir lo que es una Comunidad Científica.

Una Comunidad Científica es aquel grupo de personas que practican conjuntamente una o preferiblemente diferentes profesiones científicas y que están ligados por elementos comunes para llevar a cabo la resolución de metas y objetivos de su investigación; es decir, realizan su proyecto basados en un paradigma compartido que es aceptado plenamente.

Los miembros de una Comunidad Científica participan de diferentes tipos de educación, basada en libros de texto y conferencias de una tradición científica determinada. Eso permitirá que haya una gran comunicación en el grupo y una adecuación de juicios que, sin embargo, no excluirá las discrepancias.

¹ Docente investigadora. Grupo de investigación en derecho procesal, Universidad de Medellín.

Además el grupo científico se puede dedicar a los aspectos más sutiles de la investigación porque no tiene que justificar los principios teóricos ni los conceptos utilizados en su campo.

Cuando una Comunidad Científica se basa en un Paradigma para llevar a cabo sus investigaciones se dice que estos hacen ciencia normal.

Por ello cuando nos damos cuenta de la dinámica y de la complejidad a la que ha llegado el objeto social, encontramos que podríamos aplicar nuevas teorías como la de la complejidad, que puede definirse como una medida del número de posibles relaciones entre los elementos de un conjunto o de un sistema, cifra que crece exponencialmente al número de elementos que le conforman. Cuando, además, esas relaciones no se mantienen constantemente sino que desaparecen o advienen nuevas relaciones, entonces se incrementa aún más esa complejidad. Otra razón de incremento ingobernable de la complejidad es la interdependencia entre los elementos del observado y del observador. Ahí radica precisamente una de las dificultades más serias en la observación de sistemas sociales. Al final, se llega a una relación de incertidumbre básica, que genera la exposición y medición de riesgos y paradojas que nos presentan el caos y el orden, saliéndonos en todo caso de un manejo reduccionista del objeto ya que aceptamos la globalización como parte de nuestra cotidianidad y la necesidad de comprender muchas de las situaciones actuales de nuestros países en forma globalizada por ello aparece también la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad, en donde la primera propone la participación de diferentes disciplinas que analizan el objeto de estudio desde su perspectiva y que cuando logran explicar conjuntamente la situación propuesta dando un análisis grupal de manera conjunta y totalmente relacionada se alcanza la transdisciplinariedad.

La incertidumbre que nos lleva a descartar las situaciones de seguridad y está

involucrada también en la complejidad, nos muestra que el objeto se encuentra irremediablemente impregnado de múltiples causas para ser estudiadas y en ningún momento seguras, pero si en todo instante posibles, por lo tanto podríamos predecir comportamientos sujetos en parte a una certeza pero sin descartar el riesgo y el error.

El "principio de incertidumbre" afectó profundamente al pensamiento de los filósofos y de los físicos. Ejerció una influencia directa sobre la cuestión filosófica de "casualidad" (es decir, la relación de causa y efecto). Pero sus implicaciones para la ciencia no son las que se suponen por lo común. Se lee a menudo que el principio de incertidumbre anula toda certeza acerca de la naturaleza y muestra que, al fin y al cabo, la ciencia no sabe ni sabrá nunca hacia dónde se dirige, que el conocimiento científico está a merced de los caprichos imprevisibles de un Universo donde el efecto no sigue necesariamente a la causa. Tanto si esta interpretación es válida desde el ángulo visual filosófico como si no, el principio de incertidumbre no ha conmovido la actitud del científico ante la investigación. Si, por ejemplo, no se puede predecir con certeza el comportamiento de una sociedad, también es cierto que las sociedades acatan ciertas leyes, y su conducta es previsible sobre una base estadística, tal como las compañías aseguradoras calculan con índices de mortalidad fiables, aunque sea imposible predecir cuándo morirá un individuo determinado.

Ciertamente, en muchas observaciones científicas, la incertidumbre es tan insignificante comparada con la escala correspondiente de medidas, que se la puede descartar para todos los propósitos prácticos. Uno puede determinar simultáneamente la posición y el movimiento de una estrella, o un planeta, o una bola de billar, e incluso un grano de arena con exactitud absolutamente satisfactoria.

El principio de incertidumbre significa que el Universo es más complejo de lo que se suponía, pero no irracional.

Con respecto al caos en años recientes, parte de la comunidad científica en todo el mundo ha comenzado a hablar incesantemente de caos, desorden, aperiodicidad, para explicar muchos fenómenos que se suceden en la naturaleza y en experimentos controlados de laboratorio, que se caracterizan por tener un comportamiento que no puede ser descrito por leyes matemáticas sencillas.

La teoría de las estructuras disipativas, conocida también como teoría del caos, tiene como principal representante al químico belga ILYA PRIGOGINE, y plantea que el mundo no sigue estrictamente el modelo del reloj, previsible y determinado, sino que tiene aspectos caóticos. El observador no es quien crea la inestabilidad o la imprevisibilidad con su ignorancia: ellas existen de por sí, y un ejemplo típico el clima. Los procesos de la realidad dependen de un enorme conjunto de circunstancias inciertas, que determinan por ejemplo que cualquier pequeña variación en un punto del planeta, genere en los próximos días o semanas un efecto considerable en el otro extremo de la tierra. La idea de caos en la psicología y en el lenguaje. Situaciones que no son ajenas al objeto de estudio jurídico.

Veamos como caso novedoso como hacia 1960, el meteorólogo Estadounidense EDWARD LORENZ se dedicaba a estudiar el comportamiento de la atmósfera, tratando de encontrar un modelo matemático, un conjunto de ecuaciones, que permitiera predecir a partir de variables sencillas, mediante simulaciones de ordenador, el comportamiento de grandes masas de aire, en definitiva, que permitiera hacer predicciones climatológicas.

LORENZ realizó distintas aproximaciones hasta que consiguió ajustar el modelo a la influencia de tres variables que expresan como cambian a lo largo del tiempo la velocidad y la temperatura del aire. El modelo se concretó en tres ecuaciones matemáticas, bastante simples, conocidas, hoy en día, como modelo de LORENZ.

Pero, LORENZ recibió una gran sorpresa cuando observó que pequeñas diferencias en los datos de partida (algo aparentemente tan simple como utilizar 3 ó 6 decimales) llevaban a grandes diferencias en las predicciones del modelo. De tal forma que cualquier pequeña perturbación, o error, en las condiciones iniciales del sistema puede tener una gran influencia sobre el resultado final. De tal manera que se hacía muy difícil hacer predicciones climatológicas a largo plazo. Los datos empíricos que proporcionan las estaciones meteorológicas tienen errores inevitables, aunque sólo sea porque hay un número limitado de observatorios incapaces de cubrir todos los puntos de nuestro planeta. Esto hace que las predicciones se vayan desviando con respecto al comportamiento real del sistema.

LORENZ intentó explicar esta idea mediante un ejemplo hipotético. Sugirió que imaginásemos a un meteorólogo que hubiera conseguido hacer una predicción muy exacta del comportamiento de la atmósfera, mediante cálculos muy precisos y a partir de datos muy exactos. Podría encontrarse una predicción totalmente errónea por no haber tenido en cuenta el aleteo de una mariposa en el otro lado del planeta. Ese simple aleteo podría introducir perturbaciones en el sistema que llevarán a la predicción de una tormenta.

De aquí surgió el nombre de efecto mariposa que, desde entonces, ha dado lugar a muchas variantes y recreaciones.

Se denomina, por tanto, efecto mariposa a la amplificación de errores que pueden aparecer en el comportamiento de un sistema complejo. En definitiva, el efecto mariposa es una de las características del comportamiento de un sistema caótico, en el que las variables cambian de forma compleja y errática, haciendo imposible hacer predicciones más allá de un determinado punto, que recibe el nombre de horizonte de predicciones.

Resumiendo, el comportamiento caótico de un sistema social nos lo podemos

encontrar prácticamente en todas partes y es una representación real de la naturaleza. La representación y modelización de estos sistemas complejos puede ser complicada, sin embargo, su tratamiento no es imposible y abre una muy interesantes perspectivas a la investigación científica en todos los campos.

LORENZ acuñó el término efecto mariposa ("el aleteo de una mariposa en California, puede provocar una tormenta tropical en Australia") para indicar aquellas situaciones en las que una pequeña causa puede multiplicarse de tal modo que acabe produciendo un resultado catastrófico.

También EINSTEIN dijo lo suyo, aunque fue más romántico: "Hasta la más pequeña gota de rocío caída del pétalo de una rosa al suelo, repercute en la estrella más lejana".

Tales categorías de fenómenos tienen tres aspectos susceptibles de ser analizados separadamente: a) por un lado alude a una situación donde pequeñas causas generan grandes efectos, b) por otro lado alude a una situación que no podemos predecir: sabemos que el efecto puede ser muy grande, pero no podemos saber en que consistirá, ni muchas veces cuándo, dónde o cómo ocurrirá; y c) en tercer lugar alude a una situación de descontrol: muchas veces no podemos ejercer un control de la influencia de la causa sobre el efecto. Más concretamente, no solo no podemos evitar que una mariposa aletee en la China, sino, y lo que es peor, no podemos evitar que, de aletear, se produzca un huracán en Texas. La imposibilidad de ejercer este control está relacionada con la imposibilidad de predecirlo, aunque no necesariamente: podemos predecir un eclipse, pero no podemos controlar su ocurrencia o no ocurrencia.

Todo lo anterior nos lleva a que los métodos de investigación jurídica encargados de explicar una parte de la compleja realidad social, en el presente y en el futuro cada vez aumenten a un mayor nivel de sofisticación las técnicas empleadas para

demostrar con igual validez los resultados encontrados, aplicando para ello esquemas tales como:

I. Marco teórico

Es fundamental formular claramente la pregunta concreta que se quiere responder, en el contexto del problema a cuya solución o entendimiento se contribuirá con la ejecución del proyecto. Se recomienda además, hacer una descripción precisa y completa de la naturaleza y magnitud del problema, así como justificar la necesidad de la investigación en función del desarrollo del país o de su pertinencia a nivel mundial. Por otro lado, el investigador deberá identificar cuál será el aporte del proyecto a la generación de nuevo conocimiento sobre el tema en el ámbito internacional. Deberá responder a las siguientes demandas: síntesis del contexto teórico general en el cual se ubica el tema de la propuesta, estado actual del conocimiento del problema (nacional y mundial), brechas que existen y vacío que se quiere llenar con el proyecto; ¿porqué? y ¿cómo? la investigación propuesta, con fundamento en investigaciones previas, contribuirá, con probabilidades de éxito, a la solución o comprensión del problema planteado o al desarrollo del sector de aplicación interesado. (Formato Colciencias).

II. Objetivos

Deben mostrar una relación clara y consistente con la descripción del problema y, específicamente, con las preguntas o hipótesis que se quieren resolver. La formulación de objetivos claros y viables constituye una base importante para juzgar el resto de la propuesta y, además, facilita la estructuración de la metodología. Se recomienda formular un solo objetivo general, coherente con el problema planteado, y los objetivos específicos necesarios para lograr el objetivo general. Estos últimos deben ser alcanzables con la metodología propuesta. Con el logro de los objetivos se espera, entre otras, encontrar respuestas a

una o más de las siguientes preguntas: ¿Cuál será el conocimiento generado si el trabajo se realiza? ¿Qué solución tecnológica se espera desarrollar? Recordando que la generación de conocimiento es más que la producción de datos nuevos y que no se deben confundir objetivos con actividades o procedimientos metodológicos. (Formato Colciencias).

III. Metodología

Se deberá mostrar, en forma organizada y precisa, cómo será alcanzado cada uno de los objetivos específicos propuestos. La metodología debe reflejar la estructura lógica y el rigor científico del proceso de investigación, empezando por la elección de un enfoque metodológico específico y finalizando con la forma como se van a analizar, interpretar y presentar los resultados. Deben detallarse los procedimientos, técnicas, actividades y demás estrategias metodológicas requeridas para la investigación. Deberá indicarse el proceso a seguir en la recolección de los datos, así como en la organización, sistematización y análisis de estos. Teniendo en cuenta que el diseño metodológico es la base para planificar todas las actividades que demanda el proyecto y para determinar los recursos humanos y financieros requeridos. Una metodología vaga o imprecisa no brinda elementos para evaluar la pertinencia de los recursos solicitados.

IV. Cronograma

Relación de actividades a realizar en función del tiempo (meses), en el período de ejecución del proyecto.

V. Bibliografía

Relación únicamente la referida en el texto, ya sea en forma de pie de página o como ítem independiente.

* *Resultados/Productos esperados y potenciales beneficiarios:*

Estos deben ser coherentes con los objetivos específicos y con la metodología planteada.

Los resultados/productos pueden clasificarse en tres categorías:

* *Relacionados con la generación de conocimiento y/o nuevos desarrollos tecnológicos:*

Incluye resultados/productos que corresponden a nuevo conocimiento científico o tecnológico o a nuevos desarrollos o adaptaciones de tecnología que puedan verificarse a través de publicaciones científicas, productos o procesos tecnológicos, patentes, normas, mapas, bases de datos, colecciones de referencia, secuencias de macromoléculas en bases de datos de referencia, registros de nuevas variedades vegetales, etc.

* *Conducentes al fortalecimiento de la capacidad científica nacional:*

Incluye resultados/productos tales como formación de recurso humano a nivel profesional o de posgrado (trabajos de grado o tesis de maestría o doctorado sustentadas y aprobadas), realización de cursos relacionados con las temáticas de los proyectos (deberá anexarse documentación soporte que certifique su realización), formación y consolidación de redes de investigación (anexar documentación de soporte y verificación) y la construcción de cooperación científica internacional (anexar documentación de soporte y verificación).

* *Dirigidos a la apropiación social del conocimiento:*

Incluye aquellos resultados/productos que son estrategias o medios para divulgar o transferir el conocimiento o tecnologías generadas en el proyecto a los beneficiarios potenciales y a la sociedad en general. Incluye tanto las acciones conjuntas entre investigadores y beneficiarios como artículos o libros divulgativos, cartillas, videos, programas de radio, presentación de ponencias en eventos, entre otros.

Para cada uno de los resultados/productos esperados se debe identificar (en los cuadros a continuación) indicadores de verificación (Ej.: publicaciones, patentes, registros, videos, certificaciones,

etc.) así como las instituciones, gremios y comunidades beneficiarias, nacionales o internacionales, que podrán utilizar los resultados de la investigación para el desarrollo de sus objetivos, políticas, planes o programas:

Generación de nuevo conocimiento

Resultado /Producto esperado	Indicador	Beneficiario

Fortalecimiento de la comunidad científica

Resultado /Producto esperado	Indicador	Beneficiario

Apropiación social del conocimiento

Resultado /Producto esperado	Indicador	Beneficiario

* *Impactos esperados a partir del uso de los resultados:*

Los impactos no necesariamente se logran al finalizar el proyecto, ni con la sola consecución de los resultados/productos. Los impactos esperados son una descripción de la posible incidencia del uso de los resultados del proyecto en función de la solución de los asuntos o problemas estratégicos, nacionales o globales, abordados. Generalmente se logran en el mediano y largo plazo, como resultado de la aplicación de los conocimientos o tecnologías generadas a través del desarrollo de una o varias líneas de investigación en las cuales se inscribe el proyecto. Los impactos pueden agruparse, entre otras, en las siguientes categorías: sociales, económicos, ambientales, de productividad y competitividad. Para cada uno de los impactos esperados se deben identificar indicadores cualitativos o cuantitativos verificables así:

Impactos esperados:

Impacto esperado	Plazo (años) después de finalizado el proyecto: corto (1-4), mediano (5-9), largo (10 o más)	Indicador verificable	Supuestos*

Los supuestos indican los acontecimientos, las condiciones o las decisiones necesarias para que se logre el impacto esperado.

* Consideraciones adicionales:

Si el investigador considera que dentro de la comunidad científica de habla hispana no existen pares que puedan evaluar su proyecto, deberá enviarlo en inglés junto con el resumen en español.

VI. Presupuesto

Debe presentarse en forma global y desglosada.

Para la preparación y presentación del presupuesto se deben tener en cuenta las siguientes indicaciones:

Fuentes de financiación:

Las contrapartidas, provenientes de la institución proponente y de otras instituciones que participan en el proyecto.

* Disposiciones vigentes:

Declaración sobre Impacto Ambiental del proyecto:

Los proyectos de investigación deben incluir una reflexión responsable (en no más de 500 palabras) sobre los efectos positivos o negativos que las actividades a realizar durante la ejecución del proyecto, o en la posible implementación de sus resultados, puedan tener sobre el medio natural y la salud humana en el corto, mediano y largo plazo. Hace 20 años había una multitud de procesos de los que no se pensaba pudiesen tener un efecto sobre el ambiente; sin embargo, hoy se sabe que sí lo tienen. Por eso, un pequeño ejercicio intelectual en ese sentido, puede ser provechoso.

Declaración de pertinencia social:

Se solicita realizar (en no más de 500 palabras) una declaración substantiva (evite los adjetivos) sobre la pertinencia social de la investigación propuesta. Se ha caracterizado la sociedad actual como la sociedad de las oportunidades y del riesgo, en buena parte por los efectos deseables y no deseados de las acciones que desarrollamos, a lo que no es ajena la ciencia y la tecnología. Por lo anterior el ejercicio propuesto debe resaltar tanto los potenciales beneficios como perjuicios para la sociedad de la realización de la investigación propuesta así como de sus resultados. Algunos aspectos que podrían considerarse son: a) Efectos potenciales sobre la sociedad (local, nacional o regional), sobre sectores productivos o grupos de población; b) orden de magnitud del problema estudiado, consecuencias posibles de no estudiarlo; c) relación con la agenda de investigación del grupo y los potenciales nexos de ésta con la permanencia de la vida, la dinámica de la sociedad, la cultura o las instituciones, entre otros.

- Declaración sobre el aporte a la educación:

Se trata de una reflexión (en no más de 500 palabras) sobre la cual considera que sea el aporte más significativo que el proyecto pueda hacerle al sistema educativo nacional, tanto en la educación formal (Básica, Media, Superior, Postgrados) como en la no formal e informal, en aspectos tales como los modelos curriculares, las prácticas pedagógicas, los procesos evaluativos, el diseño de políticas educativas, nacionales o regionales, la formación inicial y continuada de docentes, o cualquier otro relacionado con la educación y la pedagogía.

Para terminar es importante conocer la misión, la visión y algunas estadísticas que el Director del Programa de Ciencia y Tecnología del Programa de Colciencias correspondiente a Ciencias Sociales y Humanas el Doctor Juan Plata nos presenta en su intervención en el tercer encuentro Nacional de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio-Jurídica en Medellín en Agosto de 2003.

La Misión del Programa Nacional de Ciencias Sociales y Humanas es propender por un mejor conocimiento de la sociedad colombiana a través del fortalecimiento de la comunidad de científicos de las ciencias sociales y humanas en el país; velar porque el conocimiento generado sea teórico y metodológicamente riguroso, y dé razón tanto de los problemas coyunturales como estructurales; crear los medios y mecanismos para vincular efectiva y eficazmente la investigación social y humana a los procesos de transformación social, involucrando en su quehacer a los tomadores de decisiones a nivel público y privado.

- Visión

El Programa Nacional de Ciencias Sociales y Humanas, apoyará de manera decidida la producción y socialización de un conocimiento que sea pertinente para el desarrollo del país y para el diseño de políticas y programas. Un conocimiento que contribuya al avance teórico y metodológico de las disciplinas, estrechamente vinculado con las corrientes de reflexión y los debates internacionales.

El programa contribuirá a la generación de una visión prospectiva, que buscará redimensionar el papel que juega la investigación social en la comprensión y construcción de un país que avance firmemente hacia un nuevo modelo de sociedad más participativa y tolerante, más respetuosa de los derechos humanos, más responsable en el uso de los recursos naturales, más consciente de su diversidad étnica y cultural. Una sociedad económicamente competitiva pero también socialmente equitativa, justa, democrática y pacífica. Una sociedad del conocimiento, capaz de pensarse y comprenderse a sí misma en su realidad actual pero también en su devenir histórico.

Con respecto a los indicadores, de 61 grupos que se presentan de esta área a la convocatoria Colciencias, 11 de ellos cumplen con las condiciones mínimas de reconocimiento como grupo de investigación, esto es el 18% de los grupos que se presentaron a registro.

Lo cual quiere decir que aun no es suficiente si reconocemos la realidad de nues-

tra sociedad y la necesidad de ser intervenida positivamente, encontrando además que la existencia de estos grupos se encuentra concentrada en las ciudades de Bogotá, Medellín y Popayán, en seis instituciones universitarias (Externado, Andes, Rosario, Antioquia, Eafit, Cauca).

UNIVERSIDAD	NÚMERO DE GRUPOS
Externado de Colombia	* Investigación en Política Criminal * Sociología del Derecho * Derecho Administrativo * Derecho del Medio Ambiente
Andes	* Derecho Público * Derecho Privado
Rosario	* Derecho Público
Antioquia	* Derecho y Sociedad * Vida, Derecho y Ética
Eafit	* Grupo de Estudios Penales
Cauca	* Derechos Humanos
TOTAL INSTITUCIONES 6	TOTAL GRUPOS DE INVESTIGACIÓN 11

A pesar de que podríamos suponer que hay muchos más grupos, pero que no se inscribieron a la convocatoria, porque es posible que recurran a otras fuentes de cofinanciación diferentes a Colciencias o que otros grupos de esta área de las ciencias sociales se ocupen también de objetos correspondientes a la investigación jurídica, tales como el conflicto, el narcotráfico, la guerra, la paz, la historia del delito, criminalidad, sistema carcelario, derechos humanos, derecho internacional humanitario entre otros, invitándonos este aspecto a que es necesario enfrentar los retos de la transdisciplinariedad, la complejidad, el caos, la incertidumbre, la globalización y otros mas que no alcanzamos a comentar en esta exposición.

LAS FUNCIONES DEL JUEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dr. Andrés Prieto Quintero

La absurda y grotesca realidad de nuestros procesos jurisdiccionales actuales, muestra de forma descarnada el inmenso fracaso de la Teoría General del Proceso.

En la soberbia carrera del conocimiento, nos hemos olvidado de la práctica y la verdad; hemos creado extensas obras teóricas que no son consultadas; hemos formulado profundas teorías que no conocen los jueces ni los abogados; hemos formulado hipótesis complejas que no están al alcance ni interesan al abogado común.

De aquel aspecto técnico de la disciplina que nos ocupa, ya no hay casi noticia. Seguimos en el culto absurdo de la forma por la forma y olvidamos la esencia instrumental del derecho procesal. Así, se han llamado "procedimentalistas" a los que hacen del estudio procesal una retahíla memorística insoportable, y "procesalistas", a los que de una manera más sistemática pero inaccesible, proponen complejas tesis que se sirven de palabras rebuscadas y chocantes para el abogado corriente. En fin, las dos corrientes del procesalismo moderno se han divertido convirtiendo su saber en un objeto abstruso, aburrido y difícil, que desagrada a la mayor parte de los juristas, que sólo sirven de repelente estigma.

Basta una revisión rápida a la comunidad jurídica Colombiana, para comprender cómo los menos, son quienes acusan algún interés por el derecho procesal; en efecto, los jueces y los abogados litigantes en general, se mantienen ausentes del estudio del derecho procesal; lo consideran injustificadamente complejo, abismalmente abstracto y terminan por sentir repudio, casi por él y sus instituciones.

Es lamentable e incomprensible, saber que los operadores del proceso, desprecian al mismo. Es una verdad acobardante, la que muestra que jueces y abogados desconocen su instrumento diario de trabajo, y que le temen, le irrespetan, y le ignoran como lo hacen con su propia realidad y su destino... Es trágico pero real: partes, jueces y funcionarios judiciales, conviven en la mayor ignorancia procesal, no adivinan el acto que debe cumplirse, ni la forma del mismo, ni la consecuencia que se sigue de la desobediencia de la ley procesal y, mucho menos saben operar figuras más complejas como el derecho de acción, o las intervenciones de terceros o los presueltos formales de la sentencia. En su trabajo, todos los días mencionan conceptos procesales, dictan providencias judiciales, presentan y reciben pretensiones, formulan excepciones de todo tipo y, lo hacen casi como autómatas, sin una concepción clara de lo que se está haciendo y, en consecuencia, el resultado es siempre el mismo: procesos con vicios de nulidad, procesos con sentencia inhibitorias, procesos eternos, sucesión de recursos y desgaste inaudito de las partes y del Estado que conduce al mismo cotidiano sacrificio de la justicia.

¿Fracaso de la teoría general?, por supuesto. Es que fue esta disciplina la que descubrió la naturaleza instrumental del derecho procesal y explicó que este derecho no es un fin en sí mismo, es "un derecho para el derecho", sólo sirve para "aplicar al derecho sustancial", establece normas de comportamiento para que los hombres logren la eficacia del derecho sustancial en el caso concreto, en el mundo del ser, en la transformación de la realidad de

cada ciudadano y... no obstante haber promulgado tan alta conclusión, continuó su marcha dedicándose, de forma exclusiva, a la producción de ideas, instituciones y conceptos que explican el funcionamiento del proceso jurisdiccional, sin revisar la eficacia real de las hipótesis pronunciadas.

Se infiere de lo dicho, que la naturaleza instrumental del derecho procesal exige, no solo una visión teórica del mismo, sino también y en gran medida, una revisión de la práctica judicial, de la realidad jurisdiccional de cada Estado, para que el mundo de los hechos no sea ajeno al del derecho. Es que no se puede olvidar que dentro de la órbita jurídica, a quienes corresponde lograr que se haga justicia en el caso concreto, es a los procesalistas y que, en consecuencia, no podemos retirarnos a nuestros palacios de invierno, para pensar y repensar en los complejos retruécanos de la pretensión procesal, olvidándonos por completo de la triste e insostenible suerte de los justiciables que por desgracia se ven sometidos como actores u opositores, a los interminables y mal manejados procesos judiciales. Es que nuestra realidad va superando, a veces, la ilímite imaginación Kafkiana.

Tratando de entender la práctica judicial, en desarrollo de una investigación que se concluyó con ayuda de la Maestría en derecho procesal y de la facultad de derecho de la Universidad de Medellín, acerca de la Justicia en el nuevo periodo constitucional colombiano, se hicieron acercamientos al nuevo papel del juez en el ejercicio del poder soberano. En conclusión, se observó que el juzgador tiene dos papeles trascendentales en el ejercicio del poder: cumplir con la actividad propiamente jurisdiccional y defender la Constitución.

1. Sobre la actividad jurisdiccional puede manifestarse que ella refleja dos cambios en su esencia.

1.1 El primero de ellos, muestra un acercamiento necesario del Juez a la relación sustancial subyacente, esto es, al

fondo del conflicto, como consecuencia de la inserción de la cláusula "SOCIAL" en la Constitución Política. Y es que un Estado Social, es un estado intervencionista, que busca fines sociales de satisfacción individual y colectiva en cada una de sus actuaciones, sobre todo, en el proceso jurisdiccional que es el escenario jurídico más importante en la obtención de los fines estatales, puesto que es precisamente él, el punto de contacto del poder soberano con el individuo. Es la arista donde se interceptan la norma jurídica con el mundo de los hechos, donde el mundo del supuesto se confronta con la realidad y se otean con precisión la eficacia y los efectos de todo el edificio jurídico.

El proceso del Estado Social no persigue la solución formal del conflicto como fin último; no deja huérfanas a las partes para que debatan libremente la pretensión y la resistencia, obteniendo una solución que proviene de sus propias actuaciones. En síntesis, no acepta el sistema dispositivo puro sino que exige una concentración de poderes en el juez, lo cual significa que acoge de forma predominante el sistema inquisitivo.

En todo caso, el llamado sistema acusatorio o dispositivo, aparece incompatible con la naturaleza intervencionista del Estado y con el nuevo constitucionalismo invasor. La sentencia, que es la norma jurídica que se crea con el proceso jurisdiccional, puede ser el resultado del procesamiento de las partes y del juicio del juez (sistema dispositivo), o resultado del procesamiento conjunto de la pretensión de manera conjunta por el juez y las partes y del juicio final del juez (sistema inquisitivo). El primer sistema es más propio de un tipo de Estado para el que la definición final o sentencia es asunto de interés privado y, el segundo sistema refleja a un Estado para el que cada sentencia es asunto de supremo interés estatal.

Nuestro tipo de Estado, muestra una preocupación fundamental por la sentencia,

por eso, vincula al sistema inquisitivo, en lo que tiene que ver con el especial poder de investigación (actividad probatoria), con el principio procesal del Juez Director del Proceso, que hace parte del Debido Proceso, como lo concibe el Estado Social de Derecho.

Lo expresado, significa que la verdad descubierta por el proceso jurisdiccional, no es el resultado exclusivo de las voluntades parciales que participan y dirigen la investigación, sino que a ellas se a una (no solo como voluntad supervisora de igualdad y defensa); la del juez, como voluntad su-praordenada, encargada de encontrar (para lo cual usa inmensos poderes estatales de naturaleza probatoria); la verdad que determinará el sentido de la sentencia.

No debe olvidarse que la sentencia es el resultado o conclusión, más o menos directo, de la actividad procesal probatoria. Por lo tanto, la sentencia es la consecuencia de la prueba que se ha recogido en el proceso y, su naturaleza variará según el papel que en ella haya ejercido el juez, ya sea como garante, supervisor y defensor de la igualdad procesal, o como sujeto investigador. En fin, la actividad probatoria en el proceso tiene dos finalidades exclusivas: la demostración de los elementos axiológicos de la pretensión (que le incumbía tradicionalmente al actor), y la demostración de los hechos que configuran excepciones de mérito (que eran una carga del opositor). El Juez del Estado Social, tiene la doble carga de tratar de probar la pretensión y también la de probar los hechos constitutivos de excepción de mérito, y ello, en el decir de muchos procesalistas, resulta contradictorio e incomprensible (El profesor ADOLFO ALVARADO VELLOSO, entre otros, es crítico acerbo de esta alternativa procesal).

Nótese que la investigación en el proceso, entendiéndose por tal, la doble carga de demostrar los hechos en que se funda la pretensión y la excepción, no ha sido nunca concebida como verdadera actividad jurisdiccional; al contrario, en el escenario del

proceso jurisdiccional, la investigación, o mejor, la demostración de la tesis afirmada (ya sea pretensión o resistencia) ha sido destinada como carga procesal (situación jurídica particular) a las partes, y al juez, tan solo se le ha distinguido como el director garante de dicha actividad, que vigila que se respete durante la etapa de la demostración, el principio del contradictorio, la moralidad procesal y que, cuando más cercano ha estado, ha atendido a la regla técnica de la intermediación procesal, cumpliendo con estar presente durante la producción de la prueba que trae la parte al proceso, para poderla valorar de manera apropiada.

1.2 Debe indicarse que en lo tocante al juicio del fallador, que se emite al momento de resolver la pretensión, también ha sufrido un cambio trascendental, consistente en que el nuevo carácter obligatorio de las normas principio, contentivas de los derechos fundamentales y de textura abierta, ha traído consigo una vinculación más apremiante para el juzgador, que ha perdido la posibilidad subjetiva de elegir una cualquiera de las hipótesis interpretativas que considera que caben dentro de la norma regla sustancial -selección que hacía según su propia concepción de justicia-, para cambiarla por la necesidad de elegir la más jurídica, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, que reposan en ambiguas normas principio de orden constitucional.

Incluso, la tarea del juzgador comporta una defensa más ardiente de la Constitución Política y del llamado "bloque de constitucionalidad"; y es que si como se acaba de explicar, su función exige que luego de la identificación del caso concreto al que habrá de aplicarse la norma sustancial del tipo "regla", el juez debe advertir cuáles son las hipótesis interpretativas que caben dentro del marco de las posibilidades jurídicas de dicha norma sustancial, para luego seleccionar una de ellas orientado exclusivamente por los principios constitucionales,

pues podrá encontrarse frente a casos concretos en los que ninguna de las hipótesis de solución que presenta la norma regla se ajusta a las normas principio y, primando como priman éstas sobre aquéllas, tendrá que inaplicar la norma regla para crear incluso, en los llamados casos difíciles, su propia norma regla que regirá solamente para el caso concreto.

Es ésta la idea del juez creador de derecho vigente para el caso concreto, de normas de derecho del tipo de las normas regla, la que comienza a romper los esquemas tradicionales de regulación de conductas y que da al traste con la división clásica de poderes como medio efectivo para evitar la concentración del poder en una sola rama.

En efecto, la creación de las normas regla de contenido abstracto, general e impersonal, ha sido históricamente una función del legislativo y, era hasta hace poco, un paso necesario y vinculante, entre la disposición constitucional y la norma concreta que debía crear el juez en la sentencia. Sin embargo, en la actualidad se ha permitido que el juez, a falta de una norma regla aplicable (cuando considera que ninguna de ellas desarrolla a las normas principios en el caso concreto), cree una norma regla especial con tendencia a la generalidad, abstracción e impersonalidad, para ser aplicada en el caso concreto, dando lugar a la creación de la otra, ya de contenido concreto que es la norma regular que nace en las sentencias.

Aunque no considero apropiados los ejemplos como formas de explicación de las instituciones teóricas, propongo el siguiente para demostrar la afirmación anterior: supóngase una legislación hipotética que consagre la siguiente norma regla: "Sólo las personas podrán heredar"; frente a ella, piénsese en un caso concreto en virtud del cual una mujer en estado de embarazo, fallece en un accidente de tránsito e inmediatamente después de su muerte es extraído el feto que logra salvar-

se. A la muerte de la madre, no había nacido aún el hijo y por tanto no era persona. Así, el juez, al momento de resolver una pretensión de petición de herencia, tendría que hacerlo negando la pretensión; sin embargo la confrontación de la hipótesis jurídica con las normas principio de rango constitucional, habrá de exigirle que inaplique la norma regla enunciada y cree una nueva: "Las personas y los *nasciturus*, podrán heredar" y sólo después de haber creado esta norma, podrá originar la siguiente: "como X era *nasciturus* al momento de la muerte de su madre, ordeno que se le entregue la herencia ...". Como puede apreciarse en el caso hipotético propuesto, el juez ha tenido que crear dos normas y no una como es tradicional de la función jurisdiccional y, la primera de esas normas tiene vocación de generalidad que solamente después, con la creación de la segunda, se ha hecho concreta en la resolución efectiva de la pretensión.

Dejo por ahora la función jurisdiccional y me adentro en la función de protección constitucional.

2. La defensa de la constitución ha sido motivo de preocupación constante desde hace muchísimos años, sobre todo desde que se la concibió como norma fundamental (cúspide) de toda la normatividad; defenderla, se convirtió en una tarea trascendental para la conservación de la unidad, de la seriedad y de la eficacia de todo el edificio jurídico; esa protección se ha encomendado históricamente al funcionario que más credibilidad ofrece para la ciudadanía, es decir, el juez.

Pero, ¿en qué consiste la defensa de la Constitución?

Es la respuesta a ésta pregunta, la que exige un análisis pormenorizado del asunto actual, en especial lo referente al recurso de Amparo o Acción de Tutela.

Debe anotarse que la llamada defensa de la Constitución, que se hacía antes de la consagración de la Acción de Tutela o el derecho o recurso de Amparo, consistía en

un control efectivo de las nuevas normas de derecho que nacían con el fin de sumarse al ordenamiento preexistente; lo anterior significa que el defensor de la constitución, en realidad, era un vigilante de todo el ordenamiento, en su unidad, univocidad, claridad y eficacia regulativa puesto que lo que debía evitar era el nacimiento de normas jurídicas que regulasen en sentido contrario a las existentes; para la obtención del anterior cometido, hubo de construirse un sistema de protección efectiva puesto que, de hecho, era imposible confrontar la proyectada norma nueva con todas y cada una de las vigentes en el ordenamiento, así que sirviéndose de los conceptos de validez material y de validez formal, que garantizan la coherencia de las normas de rango inferior con las normas superiores, se estableció una defensa del ordenamiento, consistente en el cotejo de la nueva norma con las normas superiores (constitucionales), con las que, teóricamente, ya tendrían que estar de acuerdo el resto de las vigentes.

Los procedimientos de control constitucional previo, posterior, difuso, concentrado etc., siempre buscaron la protección de todo el ordenamiento, y consistieron en la confrontación de la nueva norma jurídica o proyecto de norma jurídica, con las normas constitucionales. En síntesis, el procedimiento de control se redujo al trabajo de comparación entre dos normas, una de rango superior y una de rango inferior, siendo que ésta, debía estar acorde con aquélla si quería hacer parte del ordenamiento jurídico. La actividad del juez defensor de la Constitución, estaba reducida en consecuencia a la confrontación de la norma enjuiciada con la norma constitucional determinante; en caso de que se emitiese por su parte, un juicio de armonía, la norma acusada ingresaba o se mantenía en el ordenamiento y en caso contrario, debía salir del mismo.

Pero, el constitucionalismo moderno y su aceptación en nuestros Estados, trajo

conigo no solo la conservación de los procedimientos de protección constitucional de que acabo de hablar, sino también un nuevo procedimiento de control o defensa constitucional completamente diferente a los tradicionales; me refiero por supuesto, a la denominada acción de tutela o juicio de amparo.

Nuestro ordenamiento como muchos otros, incrusta dentro de los procedimientos constitucionales la acción de tutela, y la ofrece como un mecanismo de protección a los derechos fundamentales. Por su atractivo y trascendental cometido, es muy frecuente su proposición en nuestros despachos judiciales; y por su efectividad y celeridad (frente a la ineficacia real del proceso jurisdiccional), ha merecido una gran atención por parte de los ciudadanos que de manera frecuente la promueven. Con todo, debe decirse con firmeza que, aunque se promueve, tramita y resuelve a diario, no hay aún una comprensión teórico-procesal clara sobre su esencia. En efecto, las decisiones judiciales en materia de tutela causan cuantiosos desórdenes económicos, sociales y culturales, que han dado lugar incluso, a propuestas de reforma sobre la misma, de tal magnitud, que amenazan con extinguir por completo su eficacia.

Por ello, porque la tutela incomprendida por falta de estudio procesal científico, está condenada a la crítica desmedida que concluirá de forma probable con una reforma pensada y peligrosa, trato de explicar desde las instituciones procesales ese procedimiento de defensa de la Constitución, que es inmenso como idea de protección de los derechos fundamentales, pero que debe depurarse y comprenderse en su pleno sentido técnico y garantista.

La Acción de Tutela es un procedimiento de defensa de las normas constitucionales fundamentales, que tiene una particular finalidad que la hace distinta de todos los mecanismos de protección constitucional anteriores a ella. Como se explicó, la defensa tradicional de la constitución

se ejercía controlando las nuevas normas jurídicas que le resultaran contrarias; en cambio, en la acción de tutela, la defensa no radica en el control que se hace de una determinada norma jurídica, sino que se defiende la Constitución de una determinada situación de hecho o estado de cosas. Así, la nueva concepción política del derecho, influida por escuelas derivadas del realismo jurídico, exigen que se mida el derecho por su eficacia regulatoria, es decir, por la efectividad de las normas jurídicas en la regulación de las conductas humanas, o de otra manera, al tradicional examen del deber ser se le agregó una revisión necesaria del mundo del ser; en últimas, al derecho no se lo puede juzgar sin confrontarlo con la realidad que ordena.

La tutela se diferencia de las demás formas de proteger la constitución, en cuanto no sirve para enjuiciar normas jurídicas; no, al contrario, la tutela enjuicia estados de cosas, situaciones de hecho en las que se hace indispensable la creación de una norma de derecho concreta, que rija de manera directa a la situación fáctica que se ha hecho conocer al Juez. De ahí la similitud entre tutela y proceso jurisdiccional que ha conducido, en innumerables casos, a que se confundan los asuntos que merecen un tratamiento de defensa constitucional con los que deben ser resueltos por el proceso jurisdiccional.

Esto de enjuiciar estados de cosas (situaciones de hecho) para confrontarlos con normas principio, es asunto complejo y resulta de la idea según la cual las normas fundamentales no solo se lesionan con la creación de normas que las contradigan, sino también con su desatención o desobediencia. Como consecuencia de tal planteamiento, y en defensa de los llamados derechos fundamentales (contenidos en normas principio de rango constitucional), se construye un procedimiento como el de la tutela, que tiene rasgos de proceso jurisdiccional y de control constitucional, como explico enseguida.

Del proceso jurisdiccional la tutela ha recibido la posibilidad de crear una norma jurídica concreta, para la situación de hecho conflictiva que se le plantea. Véase en efecto, que el proceso jurisdiccional recibe el conflicto vertido en la pretensión procesal (de la que destaco la causa de hecho), lo somete a los actos de procesamiento previstos por el legislador y le entrega una nueva norma jurídica vinculante, de contenido concreto, que pone fin al estado de enfrentamiento previo y consigue la paz social. En la tutela, el estado de cosas problemático (que requiere tratamiento judicial), lo es porque refleja la ineffectividad de una norma constitucional fundamental y tal deficiencia regulativa atenta contra la Constitución Política. Es como si la existencia de una situación de hecho en la que no está atendida la norma contentiva de derechos fundamentales agrediera, atacara o pusiera en peligro a la norma jurídica constitucional desobedecida.

Obsérvese entonces cómo el proceso jurisdiccional confronta un estado de cosas con el sistema jurídico, y crea una norma concreta para regularlo. La tutela, también se inicia con la presentación de un estado de cosas, o situación de hecho, se confronta con el ordenamiento y, crea una nueva norma de derecho, de linaje concreto. Esas son sus similitudes, pero ¿cuáles son sus diferencias?

El estado de cosas que se plantea en el proceso jurisdiccional es apenas uno de los elementos de la pretensión procesal, le acompañan el *petitum*, la causa de derecho o norma sustancial y la definición exacta de los sujetos que serán vinculados por la norma concreta que debe ser creada en la sentencia; en cambio, en la acción de tutela o recurso de amparo, no hay un *petitum* vinculante, ni norma cerrada de derecho sustancial que permita el ejercicio riguroso de la defensa y no están definidos los sujetos que resultarán conducidos por la norma resultante.

El proceso jurisdiccional se sirve para la creación de la norma concreta, de la existencia de norma jurídica, del tipo de las normas reglas, anterior al mismo (que permite prever por anticipado las órdenes que puede dictar el juez en la sentencia, defenderse de la acusación pretensional e impide sorpresas a los que, civilizadamente aceptan que un tercero resuelva su conflicto); la tutela en cambio no utiliza a las normas regla sino a las normas principio, de estructura abierta; lo que significa que no presentan consecuencias jurídicas determinadas y, ni siquiera, hipótesis de conducta definidas con certeza. Más bien presentan direcciones generales del comportamiento, que se consideran buenas y por ello vinculantes para la población desde la constitución política.

En la tutela, la presentación del estado de cosas es el acto fundamental del demandante. No importan ni su *petitum*, ni las normas fundamentales que considere vulneradas, ni los sujetos que estime que han originado la situación fáctica inconstitucional. Es que la demanda de tutela, en esencia, no es más que una denuncia de inconstitucionalidad que se lanza contra una situación de hecho; es similar a la *noticia criminis* que se entrega a otro sujeto competente para que actúe en el ejercicio de su función. El juez que tiene a su cargo la protección de las normas constitucionales fundamentales, tiene un encargo propio, una finalidad particular y distinta de la que persigue quien presenta la denuncia de inconstitucionalidad o la demanda de tutela. El reclamante, o acusador en la acción de tutela, busca un beneficio propio; el juez de la tutela propugna exclusivamente, por ajustar a los hechos para que no violenten a los principios fundamentales, o lo que es lo mismo, persigue la cesación del estado de cosas inconstitucional.

Las dos finalidades distantes del proceso jurisdiccional y del procedimiento de tutela, justifican la diferente naturaleza de las actividades que el juez desempeña en

uno y otro caso, así como los poderes de los que se inviste en cada uno de ellos.

Como puede verse en el proceso jurisdiccional, el juez imparcial e imparcial resuelve el enfrentamiento entre dos o más sujetos de derecho que han entrado en conflicto y se disputan un bien de la vida, cada uno de ellos prevalido de un interés legítimo de apropiación; para cumplir su cometido, el juez se convierte en investigador de la verdad fáctica, creador y aplicador de derecho, con la particularidad de que aplica a las normas regla generales, impersonales y abstractas y crea una nueva norma regla, de contenido concreto que es la sentencia. Su función esencial es de conocimiento y creación de derecho concreto, para esclarecer al conflicto que se concibe como obscuridad en la aplicación de la ley general al caso concreto. Incluso, hay fuertes posiciones doctrinarias que niegan la naturaleza jurisdiccional a las llamadas direcciones de ejecución y caute-

En la tutela, el juez defensor de las normas constitucionales tiene un marco completamente diferente; recibe una denuncia o narración sobre un estado de cosas que atenta contra los derechos fundamentales, averigua sobre su veracidad y, una vez que encuentra que existe la situación de hecho enjuiciada y que ella es contraria a las normas constitucionales que tiene que proteger, se convierte en el príncipe de Maquiavelo, concentra en sí a todos los poderes tradicionales del ejecutivo, legislativo y judicial y despliega su absoluta autoridad creando una norma jurídica concreta del tipo de las normas regla, que desarrolla a la norma constitucional amenazada y que rige el caso concreto ordenándole como debe cambiar o modificarse para cesar en su agresión constitucional; pero su actividad no concluye con la formulación de la nueva regla, sino que exige la ejecución de la misma y la vigilancia continúa hasta que se logre modificar al mundo de los hechos y cese

con ello la agresión a la norma constitucional.

La acción de tutela es un remedio a la inoperancia jurídica del Estado; que inviste al protector de las normas fundamentales de todos los poderes estatales, de manera concentrada y sin otra limitación que las mismas normas a las que protege, para que se convierta en legislador, o en ejecutivo-administrador, o en juez, o en los tres al mismo tiempo y modifique la realidad cuando ella es lesiva de los derechos fundamentales. Y es que la presencia de un estado de cosas inconstitucional, tiene que ser consecuencia necesaria de una inoperancia clara de uno o de varios de los poderes del Estado, que teniendo la obligación de obedecer, cuidar y desarrollar los fines constitucionales más altos, omite hacerlo y permite con ello la lesión de las normas constitucionales.

No sobra decir, que la acción de tutela reporta un inmenso peligro para el Estado democrático, puesto que la concentración de poderes en el mismo funcionario es siempre una característica propia de las dictaduras. No empero, el protector constitucional en el procedimiento de tutela, tiene que ser conservador y cauto, lector restrictivo de las aparentes lesiones de las normas principio contentivas de derechos fundamentales y juez celoso, respetuoso y garante de la dignidad humana.

Visto el asunto de esta manera, es menester afirmar que en la acción de tutela el actor principal no es el quejoso o denunciante, ni tampoco la autoridad denunciada, sino la norma de derecho fundamental que se considera violentada por la presencia de un estado de cosas que la contradice. Consecuencia de ello es que no haya partes, que no exista la institución de la congruencia y, que sea un desatino pensar que sirve para la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses. Su esencia, la de ser un mecanismo de protección constitucional, no puede olvidarse.

Itero, que por los amplísimos poderes con que se inviste al protector de las normas constitucionales en el procedimiento de la tutela, su aplicación es restringida, puesto que este tipo de protección constitucional no sirve para todas las normas que ostentan esta categoría, en tanto que sólo es apropiado, para las más importantes de ellas, que son las que consagran derechos fundamentales.

Es obvio que el tema no se agota con estas notas que apenas merecen la calificación de introductorias; y que exige una postura teórica más seria y reflexiva que la que hasta ahora he presentado; pero lo que se otea desde ya, es que el derecho se ha apropiado de una herramienta de efectividad inmensa que contribuye todos los días al mejoramiento de la vida humana.

El realismo en lugar de dar respuesta definitiva al problema ontológico del derecho, contribuyó a la ausencia de univocidad del objeto de conocimiento (¿qué es el derecho?), a lo cual puede sumarse, por consecuencia obvia, la indeterminación o determinación inexacta del método de conocimiento, lo que conducía indefectiblemente a conclusiones irremediablemente contradictorias, con alta incidencia ambas en la labor hermenéutica.

Este primer escollo, cuya solución aún no es perfecta o por lo menos unánime ni mayoritariamente aceptada, ha alineado en verdaderos bandos irreconciliables a defensores de una y otra tendencia, alentando, en lugar de unidad, la búsqueda incessante de nuevas soluciones, lo cual constituye el verdadero carácter dinámico de la labor hermenéutica²².

Precisamente, esa diversidad de criterios, inspiró el debate sobre justicia, validez y eficacia como tres criterios de valoración²³, cuya distinción era necesaria para poder instituir una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas.

BOBBIO señala la independencia de tales criterios, pues, el problema de la justicia se reduce a determinar si la norma jurídica consulta los valores (bien objetivos o históricos) del orden jurídico, el de la validez, a indagar solamente acerca de si la norma jurídica existe como tal, y el de la eficacia, pretende determinar si la regla legal es

serie de hechos de los cuales el juez extrae el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad. Pero para que estas aspiraciones se conviertan en jurídicas, es necesario que el juez las acoja y les atribuya la autoridad normativa que es inherente a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas. El derecho viviente no es aún derecho, es decir, norma o conjunto de normas de ese sistema a pesar de la eficacia del hecho. Sólo llega a ser derecho, en cuanto ese juez le atribuya también la validez". *Op. cit.*, pág. 38.

²² Véase SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Edit. Ariel, 1962.

²³ BOBBIO, *Op. cit.*, pág. 20.

observada por sus destinatarios y en el evento de no serlo, la potestad de hacerla cumplir coactivamente.

Esa independencia se hace evidente cuando se observa que la cuestión de la justicia se resuelve con un juicio de valor, mientras que el de la validez con un juicio de existencia o de hecho para lo cual ha de indagarse simplemente sobre el poder que tenía para hacerlo quien la expidió; lo mismo que acerca de su vigencia y de su sometimiento a una norma superior que condiciona su validez.

De otro lado y en lo relativo a la eficacia, como criterio diferenciador adicional, hace notar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea, que otras son observadas sólo cuando se les apareja la coacción y otras que no se cumplen ni aún mediando la coacción, siendo éste el problema fenomenológico del derecho.²⁴

Conforme con ello, los tres criterios resultan independientes, pues la justicia no depende de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez por lo que es posible que una norma sea justa sin ser válida, sea válida sin ser justa, sea válida sin ser eficaz, sea eficaz sin ser válida, sea justa sin ser eficaz y sea eficaz sin ser justa.

Como se vio, esta trilogía de la validez, eficacia y justicia, ha sido confundida por las tres tendencias, pues el iusnaturalismo reduce la validez a la justicia; el positivismo reduce la justicia a la validez mientras que el realismo, tanto el escandinavo como el norteamericano, condicionan validez a la eficacia en tanto que el derecho real no es

²⁴ "El problema de la eficacia conduce al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, agrega BOBBIO, "o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios". BOBBIO, *Op. cit.*, pág. 27.