

# GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA

Alfonso Hernández Tous  
Ana Giacomette Ferrer  
Andrea Meroi  
Camilo Piedrahíta Vargas  
Daniel R. Pastor  
Diana Ramírez Carvajal  
Eduardo Oteiza  
Juan Carlos Vásquez Rivera  
Juan Gabriel Rojas López  
Juan Morales Godo  
Mario E. Chaument  
Michelle Taruffo  
Omar Sumaria Benavente  
Perfecto Andrés Ibáñez  
Socorro Vásquez Posada  
Tania Martínez Medrano



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN



FUNDACIÓN UNIVERSITARIA  
TECNOLÓGICO COMFENALCO  
CARTAGENA

UNIVERSIDAD  
SIMÓN BOLÍVAR

# GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA

Alfonso Hernández Tous

Ana Giacomette Ferrer

Andrea Meroi

Camilo Piedrahíta Vargas

Daniel R. Pastor

Diana Ramírez Carvajal

Eduardo Oteiza

Juan Carlos Vásquez Rivera

Juan Gabriel Rojas López

Juan Morales Godo

Mario E. Chaument

Michelle Taruffo

Omar Sumaria Benavente

Perfecto Andrés Ibáñez

Socorro Vásquez Posada

Tania Martínez Medrano



**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN**



**FUNDACION UNIVERSITARIA  
TECNOLÓGICO COMFENALCO  
CARTAGENA**

**UNIVERSIDAD  
SIMÓN BOLÍVAR**

## GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA

1ª edición 2010

1a. reimpresión 2011

© Universidad de Medellín  
© Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco  
© Universidad Simón Bolívar  
© Alfonso Hernández Tous  
© Ana Giacomette Ferrer  
© Andrea Meroi  
© Camilo Piedrahíta Vargas  
© Daniel R. Pastor  
© Diana Ramírez Carvajal  
© Eduardo Oteiza  
© Juan Carlos Vásquez Rivera  
© Juan Gabriel Rojas López  
© Juan Morales Godo  
© Mario E. Chaument  
© Michelle Taruffo  
© Omar Sumaria Benavente  
© Perfecto Andrés Ibáñez  
© Socorro Vásquez Posada  
© Tania Martínez Medrano

ISBN: 978-958-8348-98-8

Editor:

Leonardo David López Escobar

Dirección electrónica: [ldlopez@udem.edu.co](mailto:ldlopez@udem.edu.co)

Universidad de Medellín. Medellín, Colombia

Cra. 87 N° 30-65. Bloque 20, piso 2.

Teléfonos: 340 52 42 - 340 53 35

Medellín - Colombia

Distribución y ventas:

Universidad de Medellín

E-mail: [selloeditorial@udem.edu.co](mailto:selloeditorial@udem.edu.co)

[www.udem.edu.co](http://www.udem.edu.co)

Cra. 87 No. 30-65

Teléfono: 340 52 42

Medellín, Colombia

Corrección de estilo:

Lorenza Correa Restrepo

[lorenzacorrea@une.net.co](mailto:lorenzacorrea@une.net.co)

Diagramación:

Hernán D. Durango T.

[hernandedurango@gmail.com](mailto:hernandedurango@gmail.com)

Impresión:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Av. Américas No. 39-53 • PBX (+57 1) 602 0808

Bogotá, Colombia

Todos los derechos reservados.

Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, por ningún medio inventado o por inventarse, sin el permiso previo y por escrito de la Universidad de Medellín, la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y la Universidad Simón Bolívar.

Hecho el depósito legal.

# Contenido

PRESENTACIÓN .....	13
--------------------	----

## CAPÍTULO 1

### ¿SON COMPATIBLES EL GARANTISMO Y LOS PROCESOS COLECTIVOS?

*Andrea A. Meroi*

INTRODUCCIÓN .....	15
1.1 GARANTISMO Y DERECHO DE ACCIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS ....	19
1.1.1 El proceso colectivo como garantía del derecho de acción .....	20
1.1.2 El problema de la representación adecuada .....	23
1.1.3 La existencia de algún mecanismo de inclusión ( <i>opt-in</i> ) o exclusión ( <i>opt-out</i> ) del proceso colectivo .....	25
1.2 GARANTISMO Y DEFENSA EN JUICIO DEL DEMANDADO EN LOS PROCESOS COLECTIVOS .....	27
1.3 GARANTISMO E IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN LOS PROCESOS COLECTIVOS .....	29
1.4 GARANTISMO Y EFICACIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS .....	33
1.5 GARANTISMO Y FINES DEL PROCESO COLECTIVO .....	34
1.6 CONCLUSIONES .....	36
BIBLIOGRAFÍA .....	37

## CAPÍTULO 2

### MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE A CRISIS DE LA JUSTICIA

*Ana Giacomette Ferrer*

INTRODUCCIÓN .....	41
2.1. TUTELA Y CONGESTIÓN JUDICIAL .....	42
2.2 GARANTISMO CONSTITUCIONAL Y TUTELA .....	46
2.3 IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS .....	48

2.4 SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS.....	51
2.5 CONCLUSIONES .....	52
ANEXOS. Soportes de datos - año 1996.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

### CAPÍTULO 3

## LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA RAZÓN JUDICIAL COMPLEJA

*Mario E. Chaumet*

INTRODUCCIÓN .....	57
3.1 EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COMO “FUNDAMENTALES” CONLLEVA DEBERES CORRELATIVOS QUE EL ESTADO HA DE ASUMIR.....	61
3.2 ¿CABE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA QUE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMUEVA LA OMISIÓN ESTATAL? .....	66
3.3 ¿QUÉ INFORMACIÓN CONSIDERAMOS SE DEBE TENER EN CUENTA EN ESTOS CASOS PARA QUE LA DECISIÓN TENGA RAZONABILIDAD?.....	75
3.3.1 La complejidad de la decisión.....	77
3.3.2 La complejidad jurídica .....	78
3.3.3 La especial complejidad en la implementación de la decisión en este tipo de casos.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	82

### CAPÍTULO 4

## EL NEOGARANTISMO UNA PROPUESTA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

*Juan Gabriel Rojas López*

INTRODUCCIÓN .....	87
4.1 EL GARANTISMO Y EL NEOGARANTISMO .....	91
4.2 GARANTISMO, ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	93
4.3 LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO Y LA JUSTICIA SOCIAL.....	96
4.4 DE LAS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL DERECHO SANCIONADOR.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	104

CAPÍTULO 5  
**EL GARANTISMO**  
**EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**  
*Socorro Vásquez Posada*

INTRODUCCIÓN .....	107
5.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	107
5.2 LA FIGURA DEL JUEZ .....	109
5.3 EL EJERCICIO GARANTISTA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	111
5.3.1 Restricciones al ejercicio judicial .....	115
5.3.2 La independencia judicial como supuesto de la garantía.....	117
5.3.3 El proceso de globalización y las reformas procesales frente a la garantía ciudadana .....	117
5.3.4 El protagonismo judicial .....	121
5.3.5 La argumentación de las decisiones judiciales .....	123
CONCLUSIÓN.....	124
BIBLIOGRAFÍA.....	124

CAPÍTULO 6  
**LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD DEL IMPUTADO**  
*Daniel R. Pastor*

INTRODUCCIÓN .....	127
6.1 EL DILEMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO PROBLEMA CENTRAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	128
6.1.1 La cuestión .....	128
6.1.2 Las posiciones extremas .....	129
6.1.3 Las posiciones compatibilistas .....	131
6.1.4 La fórmula de la implicancia de carnelutti .....	136
6.1.5 Resultado.....	138
6.2. LA EXCEPCIONALIDAD FUNCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	140
6.3 AMENAZAS ACTUALES PARA LA EXCEPCIONALIDAD FUNCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y RESPUESTA A TALES AMENAZAS .....	142
6.3.1 La desviación material de la prisión preventiva .....	142
6.3.2 <i>Tempus omnia revelat</i> .....	146
6.3.2.1 Una clave de bóveda para la prisión preventiva .....	146
6.3.2.2 La sentencia “cevizovic” del tribunal europeo de derechos humanos.....	147

6.3.2.3	La sentencia del bverfg, 2 bvr 1315/05 de 23.9.2005.....	149
6.3.2.4	El paso que falta dar: el plazo de la prisión preventiva como plazo del proceso .....	152
6.4.	CONCLUSIONES .....	158
	BIBLIOGRAFÍA.....	158

#### CAPÍTULO 7

### LA ‘CARA OCULTA’ DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

*Perfecto Andrés Ibáñez*

7.1	LA ‘CARA OCULTA’ DE LAS GARANTÍAS PROCESALES.....	161
	BIBLIOGRAFÍA.....	180

#### CAPÍTULO 8

### LA SOCIEDAD DE LA DECEPCIÓN:

### EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA CRISIS DEL PROCESO

*Omar Sumaria Benavente*

	INTRODUCCIÓN. La tutela jurisdiccional como sistema.....	181
8.1	EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA RELACIÓN CON EL SISTEMA POLÍTICO.....	184
8.2	EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL COMO MECANISMO DE PRODUCCIÓN DE “JUSTICIA”: LOS PROCESOS BASADOS EN LOS MODELOS POLÍTICOS NEO LIBERAL Y DEMOCRÁTICO SOCIAL.....	187
8.3	EL PROCESO COMO MECANISMO PARA ALCANZAR LA “JUSTICIA”: EL ESTADO DE INSATISFACCIÓN, LA PERCEPCIÓN DE LA “INJUSTICIA” ...	189
8.3.1	Primera sensación de injusticia: el problema del incremento del “daño marginal de inducción procesal” que soporta el demandante.....	190
8.3.2	Segunda sensación de injusticia: el traslado del “costo total del proceso” al demandado a través de las cautelas procesales .....	192
8.4	LA IDEOLOGÍA Y EL MODELO PROCESAL EN AMÉRICA LATINA: EL CASO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ DE 1993 .....	194
8.4.1	El poder de dirección .....	196
8.4.2	Del activismo al autoritarismo.....	198
8.4.3	La exclusividad oficial (dirección del proceso) como rasgo del proceso como mecanismo de implementación de políticas.....	200
8.5	REDEFINIENDO EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	202
8.5.1	El índice Ginni y curva de Lorenz: desigualdad y pobreza .....	203

8.5.2 ¿Competitividad o equidad procesal? .....	204
CONCLUSIONES .....	208
BIBLIOGRAFÍA.....	210

CAPITULO 9

**DISFUNCIONALIDAD DEL MODELO  
DE PROCESO CIVIL EN AMÉRICA LATINA**

*Eduardo Oteiza*

9.1 SINGULARIDAD DE LA TRADICIÓN LEGAL LATINOAMERICANA, LA GLOBALIZACIÓN Y EL MODELO DE PROCESO CIVIL.....	213
9.2 CONTRASTES. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y TRANSNACIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y LAS PRÁCTICAS QUE AFECTAN LA INSTITUCIONALIDAD .....	217
9.3 BREVES NOTAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE PROCESO CIVIL EN AMÉRICA LATINA .....	223
9.4 EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESO CIVIL. BUENOS RESULTADOS Y RELATIVA REPERCUSIÓN EN LATINOAMÉRICA .	228
9.5 LOS PROCESOS COLECTIVOS Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL MODELO DE PROCESO CIVIL .....	234
9.6 EL RELATIVO IMPACTO DE LOS INTENTOS POR REFORMAR LA JUSTICIA CIVIL DESDE LA CONSTELACIÓN POSNACIONAL .....	236
9.7 CIRCUNSTANCIAS QUE ALIENTAN A PENSAR EN UN CAMBIO DE MODELO DE PROCESO CIVIL.....	239
BIBLIOGRAFÍA.....	239

CAPÍTULO 10

**CONCILIACIÓN, DESCONGESTIÓN Y ORALIDAD LABORAL:  
ENTRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA CRISIS DE LA JUSTICIA**

*Camilo Piedrahíta Vargas*

INTRODUCCIÓN .....	243
10.1 LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA .....	245
10.2 LA CONCILIACIÓN EN MATERIA LABORAL .....	249
10.3 DERECHOS INCIERTOS Y DISCUTIBLES .....	252
10.4 LA ORALIDAD EN MATERIA LABORAL.....	255
BIBLIOGRAFÍA.....	258



CAPÍTULO 11  
**GARANTISMO PROCESAL RESPECTO A LA FACULTAD PROBATORIA  
DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL**

*Tania Inés Martínez Medrano*

INTRODUCCIÓN .....	261
11.1 EL PROCESO LABORAL, SU OBJETO Y SU FUNCIÓN.....	262
11.1.1 Las garantías de los principios del proceso laboral .....	266
11.2 EL IMPULSO PROCESAL DE OFICIO .....	269
11.3 LA PRUEBA DE OFICIO, FACULTAD DEL JUEZ LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	271
CONCLUSIONES .....	275
BIBLIOGRAFÍA.....	276

CAPÍTULO 12  
**LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE  
AL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

*Alfonso Hernández Tous*

INTRODUCCIÓN .....	279
12.1 DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	280
12.2 LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	282
12.3 EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO .....	284
12.5.1 Momento para determinar la materia conciliable .....	288
12.5.2 Nuestra posición respecto al momento propicio para determinar la materia conciliable.....	289
CONCLUSIONES .....	291
BIBLIOGRAFÍA.....	292

CAPÍTULO 13  
**LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL COMO PARTE  
DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO**

*Diana María Ramírez Carvajal*

INTRODUCCIÓN .....	295
13.1 EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN .....	295

13.2 LA PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA NORMA QUE SE ENCUENTRA EN EL ARTÍCULO 228 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA ....	299
13.3 LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL COMO IDEA DE JUSTICIA MATERIAL.....	301
13.4 TENSIONES IDEOLÓGICAS.....	310
13.5 NUEVOS ROLES DEL DERECHO PROCESAL.....	313
BIBLIOGRAFÍA.....	315

**CAPÍTULO 14**  
**RIFLESSIONI SU GARANTISMI E GARANZIE**

*Michele Taruffo*

14.1 SIGNIFICATI DI “GARANTISMO” .....	319
14.2 QUALI GARANZIE .....	321
14.3 UN SIGNIFICATO INADEGUATO DI “GARANTISMO” .....	325
14.4 QUALE CRISI DELLA GIUSTIZIA CIVILE?.....	329
BIBLIOGRAFÍA.....	332

**CAPÍTULO 15**  
**LA FUNCIÓN DEL JUEZ**  
**EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

*Juan Morales Godo*

15.1 INTRODUCCIÓN.....	333
15.2 CONCEPCIONES DEL JUEZ Y DE LA JUDICATURA EN LOS MODELOS CLÁSICOS. ....	334
15.2.1 El juez en las concepciones del estado liberal revolucionario .....	334
15.2.2 La función del juez en el <i>common law</i> .....	337
15.2.2.1 El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política .....	337
15.2.2.2 La <i>judicial review</i> en los Estados Unidos de Norteamérica....	339
15.3 EL JUEZ Y LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO PRESENTE .....	339
15.3.1 Los nuevos roles que plantea el neoconstitucionalismo .....	339
15.3.2 Decisión judicial y argumentación jurídica .....	343
15.3.3 Contexto de descubrimiento y contexto de justificación .....	345
15.3.4 Discrecionalidad judicial y decisión justa.....	346
15.3.5 Independencia judicial y argumentación jurídica.....	349
BIBLIOGRAFÍA.....	351

CAPÍTULO 16  
**ALGUNAS REFLEXIONES**  
**SOBRE EL ACTUAL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO,**  
**SUMIDO EN UNA DE SUS MÁS PROFUNDAS CRISIS**

*Juan Carlos Vásquez Rivera*

INTRODUCCIÓN .....	353
16.1 ALGUNOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO...	353
16.1.1 El respeto por la dignidad humana .....	353
16.1.2 La libertad .....	356
16.1.3 El debido proceso.....	357
16.2 ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LAS CRISIS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO.....	360

## PRESENTACIÓN

GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA, representa una importante reflexión teórica producto de la labor investigativa de sus autores, en torno a uno de los problemas de mayor actualidad en la sociedad contemporánea, cual es, la tensión permanente que se presenta entre la necesidad que tiene el Estado de garantizar un orden o control social y al mismo tiempo, la exigencia actual de la garantía y protección de los derechos fundamentales.

En esta obra, autores de gran renombre internacional provenientes de Perú, Argentina, España, Italia y Colombia, exponen sus visiones frente a la problemática descrita y sobre la complejidad de las causas que influyen en el deficitario ejercicio de la función jurisdiccional, a tal punto que se parte de la discusión sobre el reconocimiento de la actual crisis de la justicia evidenciada en muchos países del mundo, y sobre todo, en el análisis de los efectos que implica para la consecución de los cometidos estatales.

Sin duda alguna la crisis de la justicia constituye uno de los mayores retos que debe enfrentar el Estado y la sociedad, y por ello, resulta pertinente que la discusión en torno al problema se mantenga vigente en la agenda académica y sobre todo, en la agenda pública, en procura de plantear soluciones a tan complejo problema.

*Juan Gabriel Rojas López*

Docente investigador adscrito a los programas de Maestría  
y Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo  
de la Universidad de Medellín



## CAPÍTULO 1

# ¿Son compatibles el garantismo y los procesos colectivos?

Andrea A. Meroi\*

### INTRODUCCIÓN

La irrupción de conflictos que exceden el tradicional esquema “Juan contra Pedro” es, quizá, uno de los datos más perturbadores para la juridicidad de las últimas décadas del siglo pasado y un problema no del todo (o no satisfactoriamente) resuelto por los ordenamientos jurídicos en general<sup>1</sup>.

Si bien en la otra gran familia del derecho occidental (el *common law*) hubo respuestas al fenómeno del conflicto con múltiples sujetos desde siglos atrás<sup>2</sup>, los países del *civil law* fueron reacios a la incorporación, inclusive, de institutos tales como la acumulación de procesos, la intervención de terceros y otras manifestaciones de la conexidad procesal<sup>3</sup>.

---

\* Magíster en Derecho Procesal. Profesora titular de derecho procesal I en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, investigadora del programa de Maestría en Derecho Procesal de la misma institución.

<sup>1</sup> Acerca de estas cuestiones nos hemos ocupado largamente en la obra *Proceso colectivo. Recepción y problemas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008. Puede v., asimismo, *Posibles desequilibrios en la recepción de modelos de legitimación para la tutela de intereses supraindividuales y plurales homogéneos*, en “XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Problemas actuales del proceso iberoamericano”, Málaga, octubre de 2006, t. II, pp. 319/333). Aun en la Unión Europea, se sigue discutiendo vivamente acerca de los mecanismos más adecuados para la satisfacción colectiva de pretensiones (cfr., con provecho, HODGES, Christopher, *The reform of class and representative actions in European Legal Systems*, Portland OR, Hart Publishing, 2008).

<sup>2</sup> V., por todos, YEAZELL, Stephen C., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1987. No obstante, los autores anglosajones coinciden en señalar que es recién con la versión de 1966 de la *Federal Rule 23* que las *class actions* adquirieron su forma moderna, “dramáticamente diferente de su estructura originaria” (cfr. REDISH, Martin – KASTANEK, Andrianna, *Settlement class actions, the case-or-controversy requirement and the nature of the adjudicatory process*, *The University of Chicago Law Review*, 2006, p. 545)

<sup>3</sup> Quizá la vieja tensión entre los modelos “romano” y “germánico” de proceso haya tenido un capítulo muy significativo en esta cuestión. Recuérdese, a modo de ejemplo, el consabido cliché de que “no se puede imponer al actor litigar contra quien él no ha querido”.

Efectivamente, es recién allá por la década del 70 del siglo pasado cuando el derecho continental pone especial atención en la existencia de *pretensiones* que involucraban a un número muy significativo de personas. Esta realidad llevó, primero y confusamente, a hablar de *intereses difusos*. Luego, y tras la sofisticación de algunos conceptos, se llegó a la distinción bastante extendida entre *intereses supraindividuales* (difusos y colectivos) e *intereses plurales homogéneos*<sup>4</sup> y a la consideración de ciertos aspectos particulares de ambas situaciones.

*Intereses supraindividuales* son aquellos de naturaleza indivisible en los que cada uno de los sujetos del grupo, colectividad o categoría interesada disfruta en forma concurrente y simultánea del mismo bien que los demás<sup>5</sup>. Según que el número de integrantes del grupo sea indeterminado o determinado, podremos clasificar los intereses supraindividuales en *difusos* y *colectivos*, respectivamente. Ejemplos de situaciones que pueden dar lugar a *intereses difusos* son la propalación de una publicidad engañosa sobre un determinado producto, la venta ilegal de un espacio de uso público, la comercialización y distribución de un producto defectuoso, la contaminación ambiental del aire o el agua, la inactividad de la administración en la prestación de un servicio o su actuación ilícita perjudicial para una categoría de sujetos, etcétera. Ejemplos de situaciones que pueden dar lugar a *intereses colectivos* son el incumplimiento de las normas de higiene o de seguridad en una determinada fábrica, el dictado de una disposición administrativa que afecte a todo un centro escolar, etcétera.

*Intereses plurales homogéneos* son aquellos de naturaleza divisible en los que cada uno de los sujetos del grupo, colectividad o categoría interesada es titular exclusivo de un bien, con un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo<sup>6</sup>. Ejemplos de situaciones que pueden dar lugar *intereses plurales homogéneos* son la adquisición por una pluralidad de consumidores de un bien que adolece de un mismo defecto de fabricación, los daños personales

<sup>4</sup> Es la célebre distinción que ya hiciera el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8078/90) y que recoge el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Es, también, una clasificación aceptada por buena parte de la doctrina: v., entre muchísimos otros, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *A legitimação para defesa dos 'interesses difusos', no direito brasileiro*, en Temas de direito processual, São Paulo, ed. Saraiva, 1984; GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEVES, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano, Navarra, Aranzadi, 1999; *Derecho Procesal Constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*, en "Derecho Procesal Constitucional", Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), México, Porrúa, 2002, 3ª ed.; LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995; MAURINO – NINO – SIGAL, *op. y loc. cit.*; PELLEGRINI DE GRINOVER, Ada, *Da "class action for damages" à ação de classe brasileira*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, N° 2, 2002; etcétera.

<sup>5</sup> Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, Pablo, *La Tutela...*, cit., pp. 78 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. ídem, pp. 441 y ss.

y materiales sufridos por una colectividad de habitantes por la contaminación producida por una empresa o por un accidente, los daños materiales individualmente sufridos a raíz de una catástrofe masiva, etcétera.

A todas estas realidades, no siempre fácilmente distinguibles, nos referimos cuando hablamos de *procesos colectivos*<sup>7</sup>.

Frente a este verdadero “fenómeno de masas”<sup>8</sup>, los ordenamientos ensayan remozados o inéditos recursos de suerte de poder gestionar (o de poder hacerlo eficientemente) estos peculiares conflictos. Con el tiempo, las distintas respuestas irán conformando diversos *modelos* de solución que, al hilo de la ejemplaridad o de la imposición, serán recibidos por otros ordenamientos jurídicos.

Por cierto, el impacto que provoca la compleja implementación de estos modelos invita a numerosas líneas de investigación, ya de filosofía política, de filosofía jurídica, de análisis económico del derecho, de sociología jurídica y, aun, de psicología<sup>9</sup>.

Nuestro interés en este trabajo se limitará a indagar acerca de la compatibilidad, en general, de los “procesos colectivos” con los postulados del garantismo procesal y, en especial, de las características que debe reunir un “proceso colectivo” para acercarse al modelo ideal *garantista*.

Precisamente en torno al *garantismo procesal*, conviene destacar que no es fácil dar una definición unívoca y que, cuanto más, puede ensayarse una conceptualización que dé cuenta de las coincidencias entre diversos autores que han abordado el tema<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> No se nos escapa la muy fundada crítica a la adjetivación de la voz *proceso*, en aras de mantener la unidad del fenómeno procesal (v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. I, pp. 245 y ss.). No obstante, y como en tantos casos, privilegiamos los consensos acerca de ciertas denominaciones a fin de facilitar el diálogo de razones.

<sup>8</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 59, quien elocuentemente expresa: “Mientras el proceso civil fue un instrumento por el que la reducida clase media de un país solucionaba sus litigios, la doctrina pudo afrontar el estudio de las grandes cuestiones teóricas de ese instrumento, pero cuando al mismo han accedido un número mayor de ciudadanos, tanto por la ampliación de las clases medias como por el acceso al proceso de otras capas de la población, con lo que el proceso civil ha pasado a ser un fenómeno de masas, se ha convertido en acuciante la efectividad práctica del mismo, con lo que las cuestiones teóricas han quedado en un segundo plano”.

<sup>9</sup> Cfr. HODGES, *cit.*, p. 3.

<sup>10</sup> Así, fue Luigi Ferrajoli quien difundió la expresión *garantismo penal* (pp. 33 y ss.) y *garantismo procesal* (si bien a los fines penales, v. pp. 537 y ss.), aunque en ambos casos con acepciones “susceptibles de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico” (p. 851) (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, en especial v. Capítulo 13, “¿Qué es el garantismo?”, pp. 851 y ss.). Limitado al derecho procesal, podemos citar las obras de ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 2 tomos; *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, Rosario,



Para FERRAJOLI, las *garantías sustanciales* del ordenamiento jurídico quedarían incompletas sin las *garantías procesales*, que responden a las preguntas cuándo y cómo juzgar. El autor distingue entre *garantías orgánicas* (relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto de los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso) y *garantías procesales* (relativas a la formación del juicio), señalando que:

... algunas de estas garantías, como la orgánica de la separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad y oralidad y contradicción en la formación de la prueba, son propias de manera específica del método acusatorio; otras, como las de independencia, imparcialidad, necesidad de la prueba y similares, son comunes a todo tipo de procesos, si bien su incidencia real resulta favorecida por el método acusatorio y obstaculizada por el inquisitivo<sup>11</sup>.

Existe, entonces, una preferencia axiológica por el método acusatorio (o dispositivo).

El *garantismo* postula que el *proceso* es un instrumento de garantía para todo ciudadano que persiga la declaración de lo que cree es su derecho o interés legítimo. El Estado, que expropió el uso de la fuerza a los ciudadanos, debe garantizar a todas las personas un método de solución de los conflictos a cargo de un tercero imparcial y en condiciones de igualdad procesal.

En nuestra opinión, esos dos son los principios fundamentales del proceso: la *imparcialidad* del juzgador y la *igualdad* de las partes. Las leyes procesales deben propender, en el mayor grado posible, a la consecución de esos dos ideales utópicos pero tendencialmente realizables<sup>12</sup>. Existen diversos mecanismos para promover ese acercamiento: la máxima vigencia del principio del contradictorio, la asistencia jurídica, la llamada “igualdad de armas” (postulatorias y probatorias), la más amplia posibilidad de recusación al juez, la separación de funciones entre juzgador y partes, etcétera.

Adicionalmente, para ser coherentes con la aspiración de *garantía* de las promesas constitucionales, el *garantismo procesal* debe hacerse cargo de los

---

Juris, 2006; *El garantismo procesal*, en “Activismo y garantismo procesal”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 145 y ss., así como los debates consignados en *Proceso civil e ideología*, Juan MONTERO AROCA (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; etcétera. También puede v. LORCA NAVARRETE, Antonio M., *Estudios sobre garantismo procesal*, Dijesa, 2009.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, *cit.*, p. 540.

<sup>12</sup> “La proclamación de los derechos fundamentales, como por lo demás del principio de igualdad y por otro lado de la representación, equivale a la estipulación de valores. Y contiene, por eso, un elemento de utopía, siendo la *utopía* un elemento integrante de la noción de *valor* en el sentido de que es propio de los valores el hecho de no ser nunca perfectamente realizables o de una vez por todas y de admitir siempre una satisfacción sólo imperfecta, es decir, parcial, relativa y contingente. Precisamente por esto los valores son *universales e imperecederos*” (FERRAJOLI, *cit.*, p. 866).

aspectos sustanciales del acceso a la justicia y el acceso a la defensa, de la existencia de vías idóneas para el debate los derechos –particularmente, de las llamadas *expectativas positivas*, de más difícil y compleja concreción<sup>13</sup>, de la eficacia de las decisiones judiciales, entre tantos otros tópicos.

¿Se dan estas condiciones de *garantías* en los denominados procesos colectivos?

### 1.1 GARANTISMO Y DERECHO DE ACCIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Refiriéndose a la garantía de la *defensa en juicio*, ALVARADO VELLOSO nos enseña que resulta un error restringirla a la esfera de actuación del demandado civil o del reo penal y que, por el contrario, rige plenamente para ambos contendientes<sup>14</sup>.

Esto es particularmente así en el momento inicial del pleito, para el que expresa o implícitamente las cartas magnas consagran la *inviolabilidad de la defensa en juicio de los derechos del ciudadano*. Quizá con términos más remozados, el inveterado *derecho de acción* (derecho de instar a la autoridad) trocó en *derecho a la tutela judicial efectiva o a la jurisdicción*<sup>15</sup>.

El hecho de que este tema haya sido objeto de un particular estudio –y hasta de un “movimiento”<sup>16</sup>– obedece al impacto que esa realidad ocasionó al sistema judicial en su conjunto. Un autor lo pintará con palabras asaz elocuentes:

Nos referimos a la democratización del acceso a la justicia, mediante la cual, como parte de un proceso más abarcativo, amplios segmentos de la población han podido incorporarse al sistema jurídico-político, accionar ante los tribunales e incoar de ese modo el procedimiento judicial. Esta transformación es consecuencia de los cambios sociales que, por un lado, generaron la expectativa de un mayor acceso a la justicia al compás de la redistribución de los bienes económicos a clases antes excluidas, y, por otro, hicieron presión sobre el sistema político para que estos derechos fueran reconocidos en las normas legales

<sup>13</sup> Sobre el tema, puede v. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001, en especial, pp. 24/25. Asimismo, puede v. nuestro trabajo en coautoría con CHAUMET, Mario E., ¿Es el derecho un juego de los jueces?, *Revista Jurídica La Ley*, 2008-D, bol. 18.06.2008, pp. 1/7.

<sup>14</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, *Introducción...*, t. I, pp. 178 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryan, *The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, Milano, Giuffrè, 1978; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, etcétera. ROSATTI hablará de *derecho a la jurisdicción antes del proceso*, como “el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia– el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta” (ROSATTI, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 47)

<sup>16</sup> V. nota anterior.

y constitucionales. La incorporación de grandes masas ciudadanas al sistema social y político generó la recepción de las mismas por el sistema jurídico, que comienza a estar interconectado con los anteriores. Concomitantemente, el reconocimiento de los derechos individuales y su eficacia vinculante resaltan la necesidad lógica de una instancia ante la cual sean exigibles por sus titulares (...) A ello debemos sumarle que la materia justiciable, por el fenómeno de la juridificación, se acrecentó en proyección geométrica durante la segunda mitad de este siglo, con lo cual el ciudadano tiene acceso hoy a la justicia en una proporción que no la tenía en tiempos pasados y que además puede someter a ella toda una serie de cuestiones que antes le estaban vedadas<sup>17</sup>.

Sin embargo, las altas promesas constitucionales de *acceso a la jurisdicción* suelen dificultarse o desalentarse por condiciones de la realidad entre las que destaca la inacción de los poderes públicos o la insignificancia económica. Hace ya algunos años, Ramos Méndez se preguntaba: “¿Quién es el necio que se atreve a reclamar estas modestas sumas ante los Tribunales de Justicia? Sin embargo, ésta es la necesidad del ciudadano de a pie para sentir que verdaderamente toca la justicia cuando la necesita”<sup>18</sup>.

### 1.1.1 *El proceso colectivo como garantía del derecho de acción*

Sabido es que, una vez reconocidos por el legislador (constitucional o infraconstitucional), los derechos materiales no pueden ser negados a base de impedir a los ciudadanos que petitionen su tutela judicial. El legislador ordinario puede, respecto de intereses privados, no elevarlos a la condición de derechos subjetivos (salvo en el caso de que tengan reconocimiento en la Constitución) pero, configurado un derecho subjetivo en la ley, no puede luego negarse la posibilidad de que su titular inste la tutela<sup>19</sup>. En otros términos, en la medida en que la actividad jurisdiccional del Estado representa la respuesta dada para la prohibición de la autodefensa, es necesario proporcionar al titular de un interés jurídicamente protegido exactamente aquello que el derecho sustancial le concede<sup>20</sup>. La omisión en establecer esas *vías de tutela* sería *inconstitucional*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, pp. 256/257.

<sup>18</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El mito de Sísifo y la Ciencia Procesal*, Justicia 88, N° 2, p. 271.

<sup>19</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 126.

<sup>20</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., *Prolegómenos de los amparos colectivos*, en Revista de Derecho Procesal, N° 4, pp. 103 y ss., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 88, con cita de DINAMARCO y MARINONI.

<sup>21</sup> Así, se ha afirmado que “desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho, es inconstitucional” (BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1993, t. I, p. 351).

Desde la perspectiva del particular que insta, MONTERO AROCA ha señalado el *principio de oportunidad* –que conforma toda la actuación del derecho privado por los órganos jurisdiccionales– como punto de partida para comprender la idea de *legitimación*: “la tutela judicial de los derechos subjetivos privados sólo puede actuarse, mediante la aplicación del derecho objetivo en el caso concreto, cuando alguien la inste y, además, ese alguien tiene que *afirmar* su titularidad de la relación jurídica material para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a decidir si la relación existe y cuál es su exacto contenido”<sup>22</sup>.

El particular no puede pedir tutela por los derechos de otra persona, pues “la misma naturaleza privada de los derechos subjetivos se vería negada si cualquier persona pudiera pedir para el titular la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. La titularidad de un derecho supone la disposición del mismo, y una manera de disponer de él es deducirlo en juicio”<sup>23</sup>. Lo novedoso radica, en cambio, en los mecanismos procesales que se proponen para neutralizar esos específicos óbices: legitimación extraordinaria, representación procesal, gestión procesal, etcétera.

En cualquier caso, coincidimos plenamente en que en un sistema de derechos subjetivos privados<sup>24</sup>, “el principio general del que hay que partir es el de que sólo el titular del derecho puede disponer del mismo... Desde esta perspectiva parece claro que el legislador no puede *discrecionalmente* legitimar a quien no afirme la titularidad del derecho subjetivo, porque ello equivale a permitir disponer del derecho a quien no es su titular”<sup>25</sup>.

De ahí que las *excepciones* que constituyen la *legitimación extraordinaria* deban responder a “motivos objetivos, razonables y proporcionados. Esos motivos son los que han ido cambiando, pasándose de lo privado a lo colectivo, de supuestos de escasa trascendencia social, a otros en los que puede estar implicado gran número de personas”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997, pp. 29/30; el destacado es nuestro.

<sup>23</sup> Ídem, p. 31, nota # 3.

<sup>24</sup> Como lo es la Argentina, cfr. Constitución Nacional, arts. 14, 17, 18, 19, 28, 33, 42 y cc.

<sup>25</sup> MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva...*, cit., p. 35.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Por lo demás, muchas veces se confunden los conceptos de *interés*, *legitimación* y *representación*. De allí que sea “menester distinguir un *objeto* del proceso supraindividual, un ámbito de legitimados plural y un portador individual. Es importante distinguir, a su vez, dentro de lo que genéricamente se denomina objeto –pretensión– supraindividual, los casos que versan sobre intereses supraindividuales en sentido propio –colectivos o difusos– (lo cual sí constituye ya un auténtico supuesto de *legitimación “colectiva”*) de aquellos en que lo que existe es una pluralidad de derechos individuales homogéneos, conexos (de titularidad y legitimación individual, privativa), que no son, en realidad, supuestos de legitimación “colectiva” sino, en todo caso, de *acumulación de pretensiones* y, eventualmente, de *representación conjunta*. El primero sería el caso de un particular, miembro de un determinado grupo social, que insta la retirada o la no difusión de unas

En esa línea decíamos antes que los diversos ordenamientos fueron configurando *modelos* que hoy se presentan como respuestas a estas novedosas necesidades<sup>27</sup>.

Cabe que nos preguntemos, entonces, qué coordinadas observar a la hora de provocar un *transplante responsable*<sup>28</sup> a nuestros ordenamientos de estos mecanismos en cuanto a la legitimación activa. Y si bien “el Derecho es un oficio de lugar”<sup>29</sup>, por lo que es menester hacerse cargo de las necesidades, los condicionamientos, las tradiciones, la idiosincrasia y –fundamentalmente– los límites del derecho receptor, también es cierto que respecto de la legitimación activa pueden señalarse algunas cuestiones válidas para los distintos ordenamientos y que se vinculan directamente con la defensa en juicio de estas pretensiones.

Desde nuestra perspectiva, si es cierto que la ampliación de los *legitimados* en estos casos se reconoce ora por razones *públicas y sociales* debidamente justificadas, ora por la clave de la *representación adecuada* debidamente acreditada, sendas preguntas se imponen: las legitimaciones recibidas o proyectadas, ¿están debidamente justificadas?; las afirmadas representaciones adecuadas, ¿están debidamente acreditadas?

La justificación social de estas nuevas “legitimaciones” suele plantearse, precisamente, en términos de garantía de la defensa en juicio de los derechos involucrados. Dice TRIONFETTI que “las acciones colectivas son instrumentos de protección de la libertad (en sentido amplio) o de la propiedad que posibilitan el acceso a la tutela efectiva de ciertos derechos que, disputados dentro del formato decimonónico de ejercicio de la acción, serían inviábiles, costosos o de difícil tutela”<sup>30</sup>. A su entender, “la clave para optar por un proceso colectivo reside en la existencia de una suerte de condensación de elementos que no pueden ser absorbidos o procesados en la matriz clásica sin riesgo de ineficacia o colapso para el sistema judicial”<sup>31</sup>.

Afinando el concepto, y contemplando las peculiaridades de nuestros ordenamientos, MAURINO, NINO y SIGAL justifican la existencia del “caso colectivo” en

---

determinadas manifestaciones injuriosas a ese grupo; el segundo el de las *class actions* norteamericanas” (GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela...*, cit., p. 188).

<sup>27</sup> Hemos desarrollado largamente este tema en *Procesos colectivos...*, cit., pp. 75 y ss.

<sup>28</sup> En el sentido asignado por GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, en especial p. 23.

<sup>29</sup> TRIONFETTI, Víctor Rodolfo, *Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos*, en OTEIZA, Eduardo [Coordinador], *Procesos colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 175.

<sup>30</sup> TRIONFETTI, cit., pp. 155/156.

<sup>31</sup> Ídem, pp. 159/160.

las hipótesis de intereses supraindividuales y de intereses plurales homogéneos de difícil acceso jurisdiccional<sup>32</sup>. También se ha dicho que “el criterio óptimo se da cuando sin la agregación de procesos el acceso a la justicia es inalcanzable”<sup>33</sup>.

En el derecho anglosajón –aun desde una perspectiva liberal de respeto a la autonomía individual– se ve a las *class actions* como un catalizador del logro de los fines individuales: se trata de una herramienta para ayudar a la persona a perseguir sus propios intereses y un medio de profundización de la autonomía al proveerle la opción de una estrategia colectiva alternativa para maximizar sus reclamos a través de un proceso de colectivismo voluntario<sup>34</sup>.

Por lo demás, siempre será bueno recordar que “los agentes finales de los derechos son individuos, que la identificación de grupos es ante todo una herramienta para asegurar protección a las personas que participan de cierta situación colectivamente relevante; pero que al final del día, quienes viven o mueren, ganan o pierden son las personas individuales. Esto nos lleva a sugerir que el diseño de las acciones colectivas debería ser sensible a reconocer algunos aspectos fundamentales del derecho de defensa que recaigan en los individuos afectados, además de asegurarlos plenamente respecto del grupo considerado como unidad de acción en el proceso, a través de los legitimados colectivos”<sup>35</sup>.

### 1.1.2 *El problema de la representación adecuada*

La acertada elección del *legitimado* es clave a la hora de *garantizar* el derecho de defensa en juicio de todos los miembros del grupo o clase de afectados.

Respecto de la *acreditación de la representación adecuada* se han previsto, básicamente, dos sistemas:

<sup>32</sup> V. su lograda idea de “caso colectivo”, *op. cit.*, pp. 199 y ss. El “caso colectivo” de los intereses plurales homogéneos sería el de la existencia de condiciones y circunstancias que impidan u obstaculicen el efectivo acceso a la justicia de los integrantes del grupo afectado, más allá de los incentivos y ocasiones que alguien pueda tener para accionar individualmente, en términos estructurales y generales (no meramente individuales). Dentro de este supuesto tenemos a la mayoría de los derechos de usuarios y consumidores y los derechos contra la discriminación relativa a la pertenencia a ciertos grupos desaventajados. Refiriéndose a la realidad argentina, los autores señalan como “derechos de incidencia colectiva” los casos de usuarios del servicio eléctrico (frente a un corte masivo de energía), los de los jubilados (frente a un recorte uniforme del 13% de su haber jubilatorio), los de las personas afectadas por VIH-sida (frente a la falta de suministro de medicamentos cuya provisión para el Estado sea obligatoria), etcétera. En cambio, no lo serían los casos jurisprudenciales de restricciones a los depósitos bancarios ni los de los profesionales frente a un cambio de régimen de impuesto a las ganancias.

<sup>33</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 125.

<sup>34</sup> REDISH, Martin H. - BERLOW, Clifford W., *The class action as political theory*, 85 Wash. U. L. Rev. 753 (2007), p. 806, consultado en <http://lawreview.wustl.edu/in-print/the-class-action-as-political-theory/>, el 12 de abril de 2010.

<sup>35</sup> MAURINO – NINO – SIGAL, *cit.*, p. 250.

- a. aquel que confía la comprobación de la existencia de la representación adecuada al juez del caso concreto (sistema de las *class actions* estadounidenses<sup>36</sup>);
- b. aquel que predetermina de antemano quiénes son los representantes adecuados (sistema de la mayoría de los regímenes de derecho continental, que legitiman a ciertos sujetos o categorías de sujetos: ministerio público, defensor del pueblo, asociaciones o ciertas asociaciones, el “afectado”, etcétera).

Es en función de los *desequilibrios* que se han constatado respecto de la legitimación activa de ciertos sujetos en nuestros sistemas<sup>37</sup> que ha ido ganando terreno la necesidad de controlar, en el caso concreto, la existencia de una verdadera *representación adecuada*, entendiendo por tal el conjunto de condiciones personales, profesionales, financieras, etcétera, suficientes para garantizar una apropiada defensa de las pretensiones colectivas. Y en lugar de abandonar ese control a la entera discrecionalidad judicial, se propicia “la previsión normativa de parámetros a tener en cuenta... en primer lugar, para objetivar el sistema en la medida de lo posible y, en segundo lugar, para exteriorizar la preferencia del legislador respecto de los elementos enunciados”<sup>38</sup>.

Entre esos estándares, el Proyecto de Código Modelo para Iberoamérica<sup>39</sup> destaca:

- a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c. su conducta en otros procesos colectivos;
- d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Este esquema ha recibido algunas observaciones, alabando el recaudo de *coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la*

<sup>36</sup> “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if... (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class...” (Federal Rule 23, a), 4°). Adhieren al mismo sistema Canadá y Australia. V. nuestro trabajo *Procesos colectivos...*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>37</sup> Al respecto puede v. nuestro trabajo *Posibles desequilibrios...*, cit., en especial pp. 326/327. Asimismo, GIDI, Antonio, *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. Uma proposta*, en *Revista de processo*, 61 (2002); PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Ações coletivas...*, pp. 11-27.

<sup>38</sup> GIANNINI, Leandro J., *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, en OTEIZA, Eduardo [Coordinador], *Procesos colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 200.

<sup>39</sup> Art. 2, par. 2°.

*demanda* (“tipicidad” o *typicality* del derecho estadounidense) y objetando la no inclusión del requisito de “capacidad financiera” del demandante, incluido en el proyecto original<sup>40</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que si bien la caracterización del estándar *representación adecuada* es perfectible, su previsión y constatación se impone como exigencia de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio:

“en la medida en que las consecuencias del obrar del legitimado “extraordinario” (activo o pasivo) sean capaces de repercutir favorable o desfavorablemente en la esfera de interés de múltiples sujetos, sin que éstos necesariamente hayan prestado su voluntad expresa o tácita, la salvaguarda de la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional; art. 8º, Convención Americana de Derechos Humanos) hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente”<sup>41</sup>.

Claro está que esto es solo un muy pequeño aspecto de la cuestión: resta elaborar todo un sistema de controles y contrapesos relacionados con el “derecho de defensa en juicio” que tiene que ver con el régimen de notificaciones, la posibilidad de excluirse del grupo, la intervención de terceros, los efectos de la sentencia, el régimen recursivo, entre otros.

### 1.1.3 *La existencia de algún mecanismo de inclusión (opt-in) o exclusión (opt-out) del proceso colectivo*

En lo que refiere a los *intereses plurales homogéneos*, es habitual la discusión en torno a si el proceso colectivo debe regularse con un mecanismo de inclusión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*) de los miembros al grupo o clase.

En el sistema *opt-in* los miembros del grupo deben incluirse en el proceso colectivo a fin de que la sentencia que se dicte los alcance. En el sistema *opt-out* los miembros del grupo deben excluirse del proceso colectivo, con el fin de que la sentencia que se dicte no los alcance y, así, poder decidir no demandar o demandar individualmente.

El sistema *opt-in*, mayoritario en Europa, es la regla en Inglaterra, Suecia, Alemania y, para algunos, en Italia. El sistema *opt-out*, paradigmático de las *class actions* estadounidenses, rige también en Portugal y, bajo ciertas circunstancias, en Dinamarca, Noruega y los Países Bajos.

<sup>40</sup> “... es razonable exigir que el legitimado extraordinario asegure que su estado patrimonial no será un obstáculo para la defensa de intereses ajenos (en el caso de los individuales homogéneos) o colectivamente titularizados (indivisibles o difusos)” (GIANNINI, Leandro J., *cit.*, p. 204).

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 213.



El debate entre *opt-in* y *opt-out* plantea dificultades a la hora de equilibrar los derechos individuales y la exigencia de eficacia procesal. Según HODGES, su resolución debe pasar, en última instancia, por una opción política que maximice la posibilidad de una respuesta justa. A sabiendas de que la elección involucra consideraciones de poder y de abuso, se pregunta: ¿cómo hacer para satisfacer las pretensiones legítimas de un número significativo de personas haciendo responder a los demandados sólo cuando corresponde?<sup>42</sup>

El mismo autor considera que esa opción política de adscribir a uno u otro sistema reclama la consideración de tres aspectos técnicos:

- a. En primer lugar, debe lograr el resultado de producir un efecto vinculante para todos quienes tengan derecho, con un mínimo costo y demora. En este sentido, la regla *opt-in* puede constituir una barrera (por falta de conocimiento o de recursos para asumir los costos. para la satisfacción de reclamos genuinos; por el contrario, la regla *opt-out* puede abultar el número de reclamantes y aumentar la presión sobre el demandado para transigir. De alguna manera, existe la tendencia a considerar que la regla *opt-out* sirve mejor a los casos de reclamos de menor cuantía<sup>43</sup>.
- b. En segundo lugar, no debe conculcar derechos fundamentales. Para muchos, el derecho a la determinación de los derechos y obligaciones civiles en un juicio público y justo, en un tiempo razonable y ante un juez imparcial, es un óbice al establecimiento de la regla *opt-out*<sup>44</sup>.
- c. En tercer lugar, debe asumir el problema del financiamiento de estos procesos. Ambos enfoques pueden involucrar altos costos para satisfacer requerimientos de notificaciones, información y controles<sup>45</sup>. A su turno, esos costos están íntimamente vinculados al sistema de imposición de costas. El “principio objetivo de la derrota” está muy arraigado en el derecho continental y, por tanto, puede incidir a la hora de incluirse / excluirse del grupo.

En Latinoamérica, sólo algunos ordenamientos han asumido el problema de la permanencia o inclusión de los miembros del grupo en el proceso colectivo.

Así, la ley 472/98 de Colombia regula la *integración al grupo* y la *exclusión del grupo* (artículo 55) aunque la primera debe entenderse sólo relacionada con la posibilidad de participar personalmente en el proceso y no como la exigencia de *opt-in*, estrictamente. Por el contrario,

---

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>43</sup> *Ídem*, pp. 120/122.

<sup>44</sup> Para conocer aspectos de la controversia en los países de la Unión Europea, v. HODGES, *cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>45</sup> *Ídem*, pp. 126/127.

... en cuanto al derecho de *exclusión* del grupo, su finalidad es no acogerse a los efectos de la sentencia, pues si no se ejerce esta opción, el fallo tendrá efectos de cosa juzgada respecto de todas las víctimas del mismo hecho dañoso que pertenezcan al *grupo* determinado en la demanda. Se presume que la víctima que forma parte del *grupo* conoció la existencia del proceso y al no manifestar su deseo de ser excluida de la acción, decidió acogerse a la decisión que en ella se profiera<sup>46</sup>.

En la reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor argentina<sup>47</sup> se incorporó una disposición según la cual “[l]a sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores y usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga” (artículo 54), para lo cual, según LORENZETTI, “es un recaudo elemental que sean individualizados nominativamente”<sup>48</sup>.

Para el mismo autor, el sistema de inclusión (*opt-in*) “preserva el derecho individual pero deteriora seriamente la noción de acción de clase... en la práctica, cada sujeto debe dar un consentimiento y no se diferencia demasiado de la acción individual”<sup>49</sup>.

## 1.2 GARANTISMO Y DEFENSA EN JUICIO DEL DEMANDADO EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Hemos visto que una de las varias justificaciones del proceso colectivo es la insignificancia de la pretensión actora o la formidable disparidad de fuerzas con la parte demandada (verbigracia, casos de daños a los consumidores, de reclamos de ciudadanos frente al Estado, de demandas de vecinos frente a grandes conglomerados industriales contaminantes, etcétera).

Sin embargo, la habilitación al ejercicio colectivo de esas pretensiones no implica “asumir ni el derecho del más débil ni la responsabilidad del poderoso, por el simple hecho de serlo”<sup>50</sup>, por lo que se debe garantizar la efectiva igualdad de las partes<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 347 (bastardillas en el original).

<sup>47</sup> Ley 24.240, reformada por la Ley 26.361.

<sup>48</sup> LORENZETTI, *Justicia...*, cit., p. 136.

<sup>49</sup> LORENZETTI, *Justicia...*, cit., p. 136.

<sup>50</sup> OTEIZA, Eduardo, *Comentario al Artículo 4*, en “Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano” (Antonio Gidi - Eduardo Ferrer Mac Gregor, coordinadores), México D. F., Ed. Porrúa, 2008, p. 99.

<sup>51</sup> “El crédito o el descrédito de los procesos colectivos en gran medida dependen del aseguramiento efectivo de la igualdad de las partes. No puede haber inferencias normativas sobre la responsabilidad de una de ellas” (*Ibidem*).

Más allá de otros despliegues, la expresión más paradigmática de la igualdad procesal es la efectiva y real vigencia del *contradictorio*<sup>52</sup>, que reclama singulares concreciones en los procesos colectivos<sup>53</sup>.

Asimismo, y desde otra perspectiva, consideramos que la aspiración a que el conflicto sea resuelto definitivamente puede leerse en esta clave.

Ésa ha sido la solución del derecho estadounidense en el que –cualquiera sea su sentido– la sentencia que recaiga en el procedimiento de *class action* extiende sus efectos a todos los miembros actuales y potenciales de la clase que no hayan ejercido oportunamente el derecho de excluirse (*opt-out*).

En los ordenamientos de raíz continental, en cambio, esa solución es muy resistida. Así, en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>54</sup> leemos que

... [c]on relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea, la cosa juzgada positiva actúa *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual en el ámbito personal.

Sin embargo, crecen las voces a favor de la extensión de la cosa juzgada, cualquiera sea el sentido de la decisión o, dicho de otro modo, a que el conflicto sea resuelto de manera definitiva<sup>55</sup>. Más aún, se habla de un *derecho del demandado* a la resolución definitiva del conflicto<sup>56</sup>, aclarándose que, en todo caso,

<sup>52</sup> Cfr. PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., Napoli, Jovene editore, 2006, pp. 200 y ss.; PICARDI, Nicola, “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del *contraddittorio*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, N° 1, pp. 10 y ss.; *Il principio del contraddittorio*, en *Rivista de Diritto Processuale*, 1998, Volume LIII, pp. 674 y ss. Asimismo, puede v. nuestro trabajo *Resignificación del “contradictorio” en el debido proceso probatorio*, en “Controversia Procesal”, Universidad de Medellín, 2006, pp. 69 y ss.

<sup>53</sup> Verbigracia, los que asume el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobado el 28 de octubre de 2004; puede v. en [www.iidp.org](http://www.iidp.org)), en los artículos 5, II, par. 4°; 10, par. 2°; etcétera.

<sup>54</sup> Ver nota anterior.

<sup>55</sup> Cfr. UCÍN, María Carlota, *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009-1, p. 346.

<sup>56</sup> “El demandado tiene la obligación de someterse a la *jurisdicción* del Estado y debe acatar los fallos que esta profiera, sin que resulte lógico que lo convoquemos a un proceso cuya decisión de condena lo obligará, advirtiéndole que en el caso de ser absuelto la sentencia no será definitiva. Así como en el proceso penal aplicamos el principio del *non bis in idem* que no permite juzgar a una persona dos veces por la misma causa, en el proceso civil el efecto de la *cosa juzgada* también debe garantizarle al demandado no ser demandado dos veces por los mismos hechos” (BERMÚDEZ MUÑOZ, *cit.*, pp. 373/374).

... [s]i el temor de otorgarle efectos plenos de cosa juzgada a la sentencia en la *acción de grupo* proviene del temor acerca de que el grupo no haya sido adecuadamente informado de la existencia de la acción o de que no haya sido adecuadamente representado en ella, lo que hay que tomar es medidas para asegurar que estos dos aspectos del proceso se cumplan adecuadamente<sup>57</sup>.

### 1.3 GARANTISMO E IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

El garantismo procesal pone especial énfasis en el principio de la *imparcialidad* del juzgador, entendido como la exigencia de que el juez sea un verdadero tercero respecto de las partes en litigio (*imparcialidad*), no se encuentre en situación de subordinación jerárquica respecto de alguna de las partes (*independencia*) y no tenga interés en la solución del litigio (*imparcialidad* propiamente dicha)<sup>58</sup>.

Claro está, se trata de un concepto cuya realización práctica presenta no pocas dificultades, tal y como lo advirtieron varios autores<sup>59</sup>. Por esa razón, el garantismo considera la *imparcialidad* como una representación *prescriptiva* (y no *descriptiva*), equivalente a un

... conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud “imparcial” respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia de preconceptos en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados<sup>60</sup>.

El propio FERRAJOLI reclama ciertas condiciones para acercarse a ese modelo ideal de imparcialidad; a saber:

<sup>57</sup> *Ídem*, p. 375.

<sup>58</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción...*, t. 1, p. 261. Puede v., asimismo, nuestro trabajo *La imparcialidad judicial*, en “Activismo y garantismo procesal”, cit., pp. 41/56.

<sup>59</sup> Así, Werner Goldschmidt, quien reivindicaba un juez “tan imparcial como sea posible” (GOLDSCHMIDT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso* [“*parcialidad*” y “*parcialidad*”], discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y Norma”, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, p. 135). Sobre la importancia y actualidad de este pensamiento, puede v. nuestro trabajo *El principio de imparcialidad del juez (las opiniones precursoras de Werner Goldschmidt y los desarrollos actuales del tema)*, en “Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Miguel Ángel Ciuro Caldani (Coordinador), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 135/145.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, *Derecho...*, cit., p. 56.

- a. La indiferencia o desinterés personal del juez respecto de los intereses en conflicto y, correlativamente, la más amplia recusabilidad del juez por las partes<sup>61</sup> y el deber de excusación de éste;
- b. La configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales actúan como *partes* y el tercero *superpartes*;
- c. La igualdad de las partes, “para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones entre funciones...”<sup>62</sup>.

A menudo se sostiene que en los procesos colectivos existe un aumento relevante de los poderes del juez<sup>63</sup>. Sin embargo, debe distinguirse adecuadamente entre las *facultades materiales de dirección* y las *facultades procesales de dirección*<sup>64</sup>. Las *facultades materiales* se refieren a la disposición del objeto litigioso (inicio del proceso) y a la aportación de los elementos (hechos y pruebas) que puedan influir en la sentencia; las *facultades procesales* se refieren al control de la regularidad formal del proceso, a la determinación de la posibilidad de que exista sentencia sobre el fondo (control sobre los presupuestos procesales) y al impulso procesal.

Y es que “no obstante el interés general o colectivo que motiva la implementación de este nuevo instrumento, no puede olvidarse que en la *acción de grupo* el juez debe continuar siendo *imparcial* e *imparcial* y que el debido proceso es un derecho fundamental de las dos partes”<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> “El juez... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 581/582..)

<sup>62</sup> Ídem, p. 583.

<sup>63</sup> Cfr. VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 371 y ss.; GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo, *Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares, tutela anticipatoria, intervención del juez*, en “Procesos colectivos”, dir. Eduardo Oteiza, cit., pp. 328 y ss.; etcétera.

<sup>64</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 71, con cita de CARRERAS, *La función del juez en la dirección del proceso civil (Facultades materiales de dirección)*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1962; FENECH, *Facultades procesales de dirección*, en el mismo volumen; SERRA, *Liberalización y socialización del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972; CORDÓN, *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1969.

<sup>65</sup> BERMÚDEZ MUÑOZ, *cit.*, p. 35. El autor ejemplifica: “El juez no puede asumir el rol de *defensor de los intereses del grupo*, e instituciones como la facultad de citar de oficio a terceros responsables atentan contra su aludida condición de *tercero* en el conflicto; la tendencia de nuestra legislación de asignarle al juez funciones que no le corresponden (como la de conciliar y la de decretar pruebas que incumbe solicitar a las partes) no sólo atenta contra la imparcialidad del juzgador, sino que no

1.3.1 Una perspectiva garantista del proceso colectivo debe permitir al juez ejercer sus poderes *procesales* para lograr, entre otros resultados prominentes, un adecuado control de la etapa postulatoria y de sus presupuestos<sup>66</sup>.

En las legislaciones que así lo habilitan, el control de la *representación adecuada* del peticionante es un deber judicial de enorme trascendencia a esos mismos fines: la protección de los miembros ausentes del grupo de los afectados y, consiguientemente, la correcta integración de la litis<sup>67</sup>. En esta línea, se destaca el Código Modelo de Procesos Colectivos, por ejemplo en su artículo 2, par. 2° y 3° y, en una interpretación plausible, la ley colombiana 472/1998<sup>68</sup>.

Lo propio cabe decir del control judicial en la (eventual) transacción del juicio, prevista en la legislación estadounidense así como en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>69</sup>. Los autores discrepan acerca del alcance de ese control: de mérito (por las características del objeto litigioso y en defensa del interés colectivo<sup>70</sup>) o solamente formal (para la preservación de la imparcialidad judicial<sup>71</sup>).

1.3.2 La deseada separación de funciones entre juzgador y partes –que coadyuva al logro de la aspiración de un juez “lo más imparcial que se pueda”– se fortalece por la participación de un Ministerio Público (o la agencia estatal más adecuada por el objeto del pleito) dispuesto a asumir la firme defensa del interés tutelado, ora como legitimado activo que tomó la iniciativa del proceso, ora como partícipe necesario en representación de los ausentes<sup>72</sup>. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 3 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica:

permite que cumpla con la función de resolver los litigios, que es la que realmente le corresponde” (todas las bastardillas son del autor).

<sup>66</sup> V. UCÍN, *cit.*, pp. 341 y ss. La misma autora, en coautoría, habla de la *necesidad* de conformar el *litisconsorcio colectivo* propio de estos procesos (v. UCÍN, María Carlota – ZLATAR, Alex, “Acciones colectivas: la legitimación **procesal** a la luz del Código Modelo para Iberoamérica.”, X Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal, Junín, noviembre de 2003, publicada en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Suplemento de Derecho Procesal).

<sup>67</sup> Más aún, el criterio debe considerarse *estricto*: “Por estas razones, y aun cuando lo que interesa no es tanto la perfección formal de quien actúa, sino la producción del daño público o masivo que es preciso evitar, no es éste un ámbito demasiado propicio para pregonar la absoluta vigencia del principio *in dubio pro legitimatione*” (LORENZETTI, *Justicia...*, p. 139).

<sup>68</sup> Es la conclusión a la que llega Bermúdez Muñoz al analizar el artículo 56: “Es evidente que si uno de los casos que se establecen como excepción a los efectos de *cosa juzgada erga omnes* de la sentencia que se profiera en la *acción de grupo* es precisamente la circunstancia de que los intereses de una de las víctimas no fueron *representados en forma adecuada por el representante del grupo*, el juez está obligado a tomar medidas que garanticen que el apoderado del grupo representa adecuadamente sus intereses...” (*cit.*, p. 289).

<sup>69</sup> Cfr. *Federal Rule 23*, (e); CMPCI, art. 11, par. 3° y 4°.

<sup>70</sup> Vgr., VERBIC, *cit.*, pp. 351 y ss.; v., asimismo, la doctrina brasileña citada en GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, *Comentario al artículo 11*, en “Código Modelo...”, *cit.*, pp. 187 y ss.

<sup>71</sup> Vgr., MUÑOZ BERMÚDEZ, *cit.*, pp. 357 y ss.

<sup>72</sup> Vgr., Código M

... Par. 3°. En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Par. 4°. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

1.3.3 En este mismo orden de ideas, y por vulnerar la separación de funciones entre juzgador y partes, deben criticarse los ordenamientos que ponen la carga de la prueba en cabeza del juzgador. Es el caso del artículo 12 del Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica, que habilita la producción oficiosa de pruebas, bien que “con el debido respeto de las garantías del contradictorio”.

Ello, por supuesto, no obsta a que –con los recaudos de rigor para la preservación de la imparcialidad– el juzgador pueda ordenar medidas para mejor proveer o diligencias finales<sup>73</sup>.

1.3.4. Desde otra perspectiva, y a fin de preservar ahora la *independencia* y la *adecuada separación de funciones* con los demás poderes del Estado, es dable exigir al juez que intervenga sólo ante la presencia de un *caso* o *controversia*.

El requisito pertenece a la más arraigada tradición argentina<sup>74</sup> y también ha sido recordado en la literatura estadounidense al criticar las llamadas “*settlement class actions*”, caracterizadas por la ausencia de una disputa a ser llevada a litigio<sup>75</sup>.

Afinando el concepto, LORENZETTI recuerda que la exigencia de *causa* o *controversia* impone tres recaudos de orden público: a) interés concreto, inmediato y sustancial; b) acto u omisión ilegítimos; y c) perjuicio diferenciado, susceptible de tratamiento judicial. Respecto de este último concluye que no

<sup>73</sup> Al estilo, vgr., del artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Española.

<sup>74</sup> La necesidad del examen de la existencia de “causa”, “surge de los arts. 116 y 177 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la Constitución Nacional, los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las ‘causas’, ‘casos’ o ‘asuntos’ que versen –entre otras cuestiones– sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas últimas que, al emplearse de modo indistinto, han de considerarse sinónimas, pues ... aluden a un proceso ... instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 322:528, considerando 5°). En el mismo sentido, “Es necesario que haya *causa*, conflicto o controversia, siendo abstracto el daño cuando el demandante no puede demostrar un agravio diferenciado respecto de la situación en la que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundarse su legitimación para accionar en el interés general de que se cumplan la Constitución y las leyes” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 321:1352).

<sup>75</sup> REDISH-KASTANEK, *Settlement...*, pp. 545 y ss.

se trata de “la exclusividad del daño, sino de su diferenciación; lo que significa que quien invoca legitimación debe señalar un móvil *distinto* del mero interés en el cumplimiento de la ley. De lo contrario, caemos en la acción popular o en instancias de mera denuncia, o participación ciudadana indiferenciada basada en el mero interés de legalidad objetiva”<sup>76</sup>.

Ello, para no señalar el riesgo cierto de que, al redistribuir recursos como modo de cumplir la ley sin la adjudicación de un caso o *controversia*, el juez se transforme en una autoridad (meramente) administrativa<sup>77</sup>.

La exigencia de *caso* o *controversia* facilita la toma de decisión judicial informada. Ello es particularmente así en los procesos colectivos, donde la participación procesal individual es impracticable y el resultado tendrá valor de cosa juzgada para los ausentes<sup>78</sup>.

1.3.5 Finalmente, y habida cuenta de que se trata de casos habitualmente regulados por *principios* y *reglas* en las que abundan los conceptos indeterminados, el deber de motivación de la decisión judicial es garantía de racionalidad y posibilidad de control.

Por ello, es elogiable el proyecto de reforma de Ley de Acción Civil Pública brasileña que, en su artículo 3, inciso V, prevé el deber de “*motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados*”.

#### 1.4 GARANTISMO Y EFICACIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Usualmente, los estudios relacionados con procesos colectivos asocian la exigencia de *eficacia* con la previsión legal de medios de *tutela anticipada* y de mecanismos especiales de ejecución<sup>79</sup>.

A esos habituales tópicos, querríamos agregar la conveniencia de regular un procedimiento que –sin violentar el debido proceso y la necesaria lógica de la serie procesal<sup>80</sup>– admita cierta *flexibilización* de las formas a los fines de poder adaptarlas al inusitado abanico de peculiaridades que presentan estas pretensiones.

<sup>76</sup> LORENZETTI, *Justicia...*, p. 141.

<sup>77</sup> Cfr. REDISH-KASTANEK, *Settlement...*, p. 552.

<sup>78</sup> *Ídem*, p. 572.

<sup>79</sup> Verbigracia, artículos 4 y 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos y los comentarios a esos artículos en la obra “Código Modelo...”, cit., pp. 81 y ss. Sobre el tema, puede v. CAMPS, Carlos Enrique, *Eficacia cautelar de los procesos colectivos*, en “Procesos colectivos”, cit., pp. 289 y ss.; GONZÁLEZ ZAMAR, *op. y loc. cit.*

<sup>80</sup> Afirmación, negación, confirmación y evaluación como serie consecucional de actos procesales necesarios para la inviolabilidad de la defensa en juicio (cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, vol. III, pp. 106 y ss.; ALVARADO VELLOSO, *Introducción...*, cit., t. I, pp. 233 y ss.).



El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica proyecta numerosas disposiciones consagrando la flexibilidad, muy especialmente el artículo 10, par. 2° (“El juez permitirá la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado”).

Ejemplos de esta flexibilización pueden encontrarse, también, en las proyectadas reformas de *Ley de Acción Civil Pública* en Brasil. Así, el proyecto de artículo 10 prevé, en su inciso 1°, que:

“[a]té o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa” y el artículo 14 que “[o] juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes”.

Flexibilización no es sinónimo de desformalización. Las formas son no sólo convenientes sino *inevitables*<sup>81</sup>. En tanto se preserven el principio del contradictorio y las fases esenciales del proceso, ningún inconveniente habrá en que se dispongan formas más adecuadas a las especificidades del conflicto y, aun, pactadas entre las partes de éste<sup>82</sup>.

## 1.5 GARANTISMO Y FINES DEL PROCESO COLECTIVO

Sin perjuicio de no poder dar debida cuenta aquí de la profunda, compleja y difícil cuestión de los *finés del proceso*, quizá sea el “proceso colectivo” una de las sedes en que con mayor énfasis y más interesantes despliegues se ha dado este debate.

Respecto de los sistemas de enjuiciamiento en general, el tema ha sido abordado por importantes comparatistas, en especial Damaška, quien distinguió dos tipos extremos –y, por ello, quizá inexistentes de manera pura– de procedimientos: aquellos dirigidos a solucionar conflictos y aquellos dirigidos a implementar políticas (públicas). En un magistral análisis, el profesor de origen croata de

---

<sup>81</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de Derecho Procesal*, México D.F., Humanitas, 1989, pp. 305 y ss.

<sup>82</sup> Respecto de la posibilidad de pactar acerca de la serie procesal, v. SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal. Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa, Buenos Aires, EJEA, 1971, t. I, p. 248; BRISEÑO SIERRA, *Derecho...*, cit., vol. III, p. 302; ALVARADO VELLOSO, *Introducción...*, cit., t. I, pp. 52 y ss. Asimismo, puede v. nuestro trabajo *Elaboración contractual de normas procesales*, en “Elaboración de instrumentos contractuales”, Coordinador Ariel Ariza, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, 2009-II, fascículo 13, pp. 36 y ss.

la Universidad de Yale sostiene que los sistemas procesales pueden ser interpretados en términos de la interacción entre ingredientes de tres tipos ideales relacionados con los *sistemas de gobierno* (“el Estado abstencionista” y “el Estado intervencionista”), los *sistemas de autoridad* (“autoridad coordinada” y “autoridad jerárquica”) y los *sistemas procesales* (“adversarial” e “inquisitivo”). Damaška sugiere que casi todos los ejemplos históricos de sistemas reales de cada tipo son híbridos, que combinan elementos de cada tipo ideal de maneras complejas, y que no hay correlación estable entre los diferentes tipos ideales. Por ejemplo, mientras podría esperarse que un Estado intervencionista tenga un sistema jerárquico de autoridad y un sistema predominantemente inquisitivo de procedimiento, esto no es una cuestión de necesidad lógica o histórica o institucional. La mayoría de los sistemas actuales reflejan transacciones complejas, algunas de las cuales son más “confortables” que otras<sup>83</sup>.

Otro comparatista, Jolowicz, señala que la importancia primordial del proceso civil como modo de resolución de disputas

... de ninguna manera se ve disminuida por el reconocimiento de que el litigio, genéricamente considerado, sirve al menos a otras dos finalidades, conectadas pero distintas, y de que su consecución debería incluirse en los propósitos del derecho procesal. En primer lugar, el proceso civil sirve para demostrar la efectividad del derecho; en segundo lugar, provee la oportunidad a los jueces de desenvolver su función de interpretar, aclarar, desarrollar y, por supuesto, aplicar el derecho<sup>84</sup>.

En los procesos colectivos, la discusión corre por andariveles riquísimos y problemáticos: ¿modo de resolver un conflicto o de implementar políticas públicas?; ¿satisfacción de un interés o vía de regular los mercados?; ¿compensación de un daño pasado o mecanismo de disuasión de conductas dañosas futuras?

Precisamente refiriéndose a los debates actuales en torno a los procesos colectivos en Europa, Hodges afirma que el tema se ha complicado por la evolución de la discusión más allá del tradicional ámbito de compensación de daños y la incorporación de aspectos de cumplimiento de las regulaciones y control de comportamientos sociales<sup>85</sup>. En un notable trabajo, REDISH y BERLOW vinculan

<sup>83</sup> DAMAŠKA, Mirjan R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 88 y ss. Hay edición castellana, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. V., asimismo, la muy buena y completa recensión en RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, pp. 27 y ss.

<sup>84</sup> JOLOWICZ, John Anthony, *On civil procedure*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 70/71.

<sup>85</sup> HODGES, *cit.*, p. 1.

los *modelos conceptuales de class actions* en los Estados Unidos de América con el modelo de teoría política que subyace a cada uno de ellos<sup>86</sup>.

Y si es cierto que una teoría garantista resulta más afín a la consecución de los fines individuales, no lo es menos que la obtención de fines públicos democráticamente establecidos redundan en el interés de todos y de cada uno.

Seguramente este tema merecerá mayores desarrollos, propios y ajenos. Las razones del Estado de derecho también están en juego, por lo que

... [e]s importante que tanto las sentencias como los acuerdos alcanzados dentro de los juicios, analicen a detalle y con vocación democrática los posibles resultados que puedan llegar a causar, tratando de respetar a cabalidad las funciones asignadas a los diversos órganos de poder (ejecutivo, legislativo, judicial) para así evitar distorsiones dentro de nuestro sistema político<sup>87</sup>.

## 1.6 CONCLUSIONES

Al iniciar su trabajo, Redish y Berlow adelantan que así como hay poco consenso en la comunidad académica acerca de por qué existe esta “isla de colectivismo en un mar de resolución de disputas individuales”, hay un acuerdo casi universal acerca de la necesidad de alguna herramienta para sustanciar reclamos colectivos masivos<sup>88</sup>.

Compartimos, entonces, la preocupación de quienes miran perplejos estos nuevos mecanismos: es cierto que muchas de esas respuestas son incompletas y perfectibles, particularmente en función de una serie de valores de la más alta escala en la axiología procesal. Sin embargo, estamos convencidos de que –maguer la larga lista de debilidades, omisiones, superposiciones e indeterminaciones que es dable constatar en la mayoría de los “subsistemas latinoamericanos” (si se nos permite la expresión)– estos mecanismos “han venido para quedarse”.

Bien se ha dicho que cada vez que un sector de la realidad social exige criterios especiales de justicia, el derecho va conformándose a ese tipo de exigencias, modificándose las ramas jurídicas existentes y, en algunos casos, constituyendo ramas autónomas<sup>89</sup>. En el propio ámbito del proceso, “criterios especiales de justicia” demandaron la instrumentación de procedimientos especiales para –también– especiales pretensiones: los juicios ejecutivos, las pretensiones cautelares, las pretensiones de menor cuantía, el amparo (o tutela), el hábeas corpus, los interdictos y tantos más son una clara muestra. En todos

---

<sup>86</sup> *Op. y loc. cit.*

<sup>87</sup> BENÍTEZ, Alberto, *Comentario al artículo 11*, en “Código Modelo...”, cit., p. 196.

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 754.

<sup>89</sup> Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. 2, pp. 174 y ss.

ellos, a qué dudar, hay sacrificios o postergación de ciertos valores en pos de la consecución de otros, también socialmente ponderables.

Ciertamente, la garantía más ostensiblemente involucrada es la del *derecho de acción*, la del *acceso a la jurisdicción* para una categoría de pretensiones que, de no sustanciarse por un proceso colectivo, carecen de todo tipo de respuesta jurisdiccional.

La notoria preocupación actual del derecho procesal por las denominadas “acciones colectivas” puede correlacionarse con el auge de los estudios de la “acción procesal” en las postrimerías del siglo XIX: entonces se luchaba contra el poder de un Estado absoluto, ahora se ha tomado conciencia de otras formas de poder de extrema concentración y –a veces– de difícil identificación. La masificación de las relaciones sociales y económicas muestra una correlativa masificación de los conflictos a los que es menester dar cauce procesal para su solución. Esto también es *garantizar*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. En *Activismo y garantismo procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Córdoba, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Rosario: Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al estudio del derecho procesal*. T. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, 2 tomos.
- ATTA, Salvatore. *Derecho procesal. Manual de derecho procesal civil*. T. I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa. Buenos Aires. EJE: 1971.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para defesa dos ‘interesses difusos’, no direito brasileiro, en *Temas de direito processual*, São Paulo, ed. Saraiva, 1984.
- BENÍTEZ, Alberto. Comentario al artículo 11. En: *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. (Antonio Gidi, Eduardo Ferrer Mac Gregor, coordinadores). México D. F.: Ed. Porrúa, 2008.
- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1993, t. I.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Compendio de derecho procesal*. México D. F., Humanitas, 1989.

- \_\_\_\_\_. Derecho procesal. México D. F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, vol. III.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Milano: Giuffrè, 1978.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*. T. 2. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.
- CHAUMET, Mario E., MEROI, Andrea A. ¿Es el derecho un juego de los jueces? *Revista Jurídica La Ley*, 2008-D, bol. 18.06.2008, pp. 1-7.
- DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 88 y ss. (hay edición castellana, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001.
- GIANNINI, Leandro J. La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas. En: OTEIZA, Eduardo [Coordinador], *Procesos colectivos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. Uma proposta. En: *Revista de Processo*, 61 (2002).
- \_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).
- GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso ["parcialidad" y "parcialidad"], discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. En: *Conducta y Norma*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.
- GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo. Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares, tutela anticipatoria, intervención del juez. En: OTEIZA, Eduardo [coordinador]. *Procesos colectivos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los Intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Elcano, Navarra: Aranzadi, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*. En *Derecho procesal constitucional*. 3ª ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). México: Porrúa, 2002.

- HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions in European Legal Systems*. Portland OR: Hart Publishing, 2008.
- JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M. *Estudios sobre garantismo procesal*. San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Las normas fundamentales de derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín. *Las acciones colectivas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- MEROI, Andrea A. El principio de imparcialidad del juez (las opiniones precursoras de Werner Goldschmidt y los desarrollos actuales del tema). En: *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Miguel Ángel Ciuro Caldani (Coordinador). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 135/145.
- \_\_\_\_\_. *Elaboración contractual de normas procesales*. En *Elaboración de instrumentos contractuales*. Coordinador Ariel Ariza. Jurisprudencia Argentina, Número Especial, 2009-II, fascículo 13, pp. 36 y ss.
- \_\_\_\_\_. *Posibles desequilibrios en la recepción de modelos de legitimación para la tutela de intereses supraindividuales y plurales homogéneos-* En *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Problemas actuales del proceso iberoamericano*. Málaga: octubre de 2006, t. II, pp. 319-333.
- \_\_\_\_\_. *Proceso colectivo. Recepción y problemas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Resignificación del “contradictorio” en el debido proceso probatorio*. En *Controversia Procesal*. Universidad de Medellín, 2006, pp. 69 y ss.
- MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- \_\_\_\_\_. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- \_\_\_\_\_. Juan, *Introducción al derecho procesal*. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 1976.
- \_\_\_\_\_. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada: Comares, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

- OTEIZA, Eduardo. Comentario al artículo 4. En: Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. (Antonio Gidi - Eduardo Ferrer Mac Gregor, coordinadores). México D. F.: Ed. Porrúa, 2008.
- PELLEGRINI DE GRINOVER, Ada. Da “class action for damages” à ação de classe brasileira. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, N° 2, 2002.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D. Prolegómenos de los amparos colectivos. En: Revista de Derecho Procesal, N° 4, pp. 103 y ss., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- PICARDI, Incola. Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, N° 1.
- \_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio. En: Rivista di Diritto Processuale, 1998, Volume LIII.
- PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di Diritto Processuale Civile. 5ª ed. Napoli: Jovene editore, 2006.
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2009.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El mito de Sísifo y la ciencia procesal. Justicia 88, N° 2.
- REDISH, Martin; KASTANEK, Andrianna. Settlement class actions, the case-or-controversy requirement and the nature of the adjudicatory process, The University of Chicago Law Review, 2006.
- REDISH, Martin H.-BERLOW, Clifford W. The class action as political theory, 85 Wash. U. L. Rev. 753 (2007).
- ROSATTI, Horacio Daniel. El derecho a la jurisdicción antes del proceso. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- TARUFFO, Michele. Sui confini, scritti sulla giustizia civile, Bologna, Il Mulino, 2002 (hay traducción castellana, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Bogotá, Temis, 2006).
- THURY CORNEJO, Valentín, Juez y división de poderes hoy, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- TRIONFETTI, Víctor Rodolfo. Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos. En OTEIZA, Eduardo [Coordinador]. Procesos colectivos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- UCÍN, María Carlota; ZLATAR, Alex. Acciones colectivas: la legitimación *procesal* a la luz del Código Modelo para Iberoamérica. X Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal, Junín, noviembre de 2003, publicada en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Suplemento de Derecho Procesal.

## CAPÍTULO 2

# Mecanismos de protección constitucional frente a crisis de la justicia

*Ana Giacomette Ferrer\**

### INTRODUCCIÓN

El tema de la crisis de la Administración de Justicia no es nuevo; cuenta la historia que desde la época de la República, ella ha sido criticada; no es gratuito que el Libertador Simón Bolívar expidiera un decreto de emergencia judicial como reacción a los problemas que desde ese momento se detectaban en el naciente Estado.

Por esa razón, y partiendo de la base de que es de público conocimiento que la actividad judicial no satisface los anhelos de la sociedad por no ser pronta, eficaz ni eficiente, y para concretar el tema objeto de desarrollo en el presente escrito que como podrá advertirse no pretenderá explorar la multiplicidad de causas que a lo largo de los años han contribuido al problema de la congestión judicial, se partirá de la formulación de un par de preguntas a las cuales se le procurará dar respuesta:

¿Cómo contribuye la acción de tutela a la congestión judicial?

¿Qué causas estructurales impulsan el uso a veces exagerado de la tutela?

Para responder a estos interrogantes, este escrito se dividirá en varios segmentos:

---

\* Doctora en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de los Andes; especialista en Docencia Universitaria; profesora titular de Derecho Probatorio en la Facultad de Jurisprudencia de las Universidades del Rosario y Andes; miembro de los Institutos Iberoamericano de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; presidenta del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional; conferencista nacional e internacional en temas sobre la Enseñanza del Derecho, Derecho Procesal, Procesal Constitucional y los MASC; tratadista. Postulada por el Consejo Superior de la Judicatura, en dos oportunidades a Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (años 2006 y 2007); nominada por la Corte Suprema de Justicia a Magistrada de la Corte Constitucional (año 2008); Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tratadista.



- (i) Una primera aproximación al uso de la tutela y su contribución a la congestión judicial. En esta sección se usarán estudios que compilan datos y estadísticas acerca de dicho mecanismo y su contribución a la congestión en la rama judicial. Estos estudios, pertenecientes cada uno a una década distinta, son ilustrativos en la medida que muestran ciertas causas constantes en la utilización del recurso, que permiten clarificar el debate e identificar circunstancias transversales que deben ser aliviadas para que la justicia funcione de forma correcta.
- (ii) Definición de garantismo constitucional y su relación con el uso de la tutela. La sección responde a la necesidad de entender los términos de este debate y demostrar cómo un sistema garantista impulsa al ciudadano a interponer acciones de tutela.
- (iii) Identificación de problemas estructurales y alternativas de solución. Una vez identificado el problema, se hace necesaria la propuesta de una serie de soluciones para incluirlas dentro del debate y la posible toma de acción.

## 2.1 TUTELA Y CONGESTIÓN JUDICIAL

En 1996 se realizó una investigación<sup>90</sup> que retrataba algunos de los aspectos transversales del uso de la tutela (es decir, hacía una radiografía de la tutela, desde el hecho que generaba su interposición, hasta el juez que daba fallo definitivo a la controversia).

De esta investigación se recopilaron los siguientes datos:

- El 21.4% de los hechos que dan lugar a la interposición de la acción de tutela tienen origen en la no atención, por parte de las entidades del Estado, a la formulación de derechos de petición que hacen los ciudadanos. En segundo lugar –6.18%– se encuentra el uso de la tutela para reclamar el pago de salarios y de prestaciones sociales. El 3.33%, corresponde al trabajador que fue puesto en situación de insubsistencia o despido. El 3.01%, corresponde al sector educativo, más específicamente a la eventualidad de que a un alumno se le haya negado la admisión al plantel educativo<sup>91</sup>.
- De forma coherente con los anteriores datos, los derechos que se solicita proteger son: de petición (23.93%), al trabajo (16.32%) al debido proceso (12.84%), a la educación (7.92%), entre otros.

---

<sup>90</sup> La investigación fue realizada por César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas en el capítulo *La acción de tutela* de la obra “*El caleidoscopio de las justicias en Colombia*” de 1996.

<sup>91</sup> De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Bogotá. Ediciones uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997. p. 425.

- Entre los demandantes más recurrentes están: los trabajadores (21,71%), los representantes de menores de edad (5.07%), las personas que se encuentran privadas de la libertad (4.75%) y las personas de la tercera edad (4.4%).
- Los demandados recurrentes son: las alcaldías municipales (11.25%), los particulares (8.24%), CAJANAL (seguridad social) (7.45%), ISS (6.02%) y las empresas privadas (4.75%)<sup>92</sup>.
- Los jueces conceden el 28.5% de las solicitudes, en primera instancia, y el 26.25%, en segunda instancia. Deniegan en primera el 71.47%, y en segunda, el 83.75%.
- Causas de la denegación: la primera es la existencia de otro medio judicial (25.07%, en primera instancia, y 32.1%, en segunda instancia), seguida de la inexistencia en la vulneración del derecho (13.5% en primera, 12.35% en segunda)<sup>93</sup>.

Lo que estos dos últimos grupos de datos permiten ver con claridad es el uso erróneo que se le da al mecanismo. El hecho de que la primera causa de rechazo por parte del juez sea la existencia de otro medio judicial permite concluir, preliminarmente, que existe por parte del ciudadano un afán de usar la acción de tutela, sin antes revisar sus contenidos y requisitos esenciales.

Es por esto que, de acuerdo con las encuestas realizadas por la precitada investigación, el 44.6% de los jueces considera que la acción de tutela ha afectado negativamente el rendimiento de los despachos judiciales.

Pese al paso del tiempo y a las múltiples reformas<sup>94</sup>, que tanto el Gobierno como el Congreso han efectuado para solventar esta crisis, la problemática continúa. En un trabajo investigativo más reciente<sup>95</sup>, se demuestra que el problema no sólo no ha sido aliviado, sino que se ha agravado:

- El incremento desde 1993 (20.000 tutelas) hasta el 2001 (133.000 tutelas), ha sido aproximadamente en seis veces. Por el contrario, el número de jueces se ha mantenido estable (3.250 jueces) Lo que implica que las tutelas por juez han pasado de 6 a 40.

<sup>92</sup> *Ibidem*. p. 429.

<sup>93</sup> *Ibidem*. p. 432.

<sup>94</sup> La situación de descongestión generalizada –no sólo en el ámbito la acción de tutela, sino la totalidad de los procesos en los despachos– ha hecho reaccionar al Estado colombiano quien ha expedido una serie de medidas, sin resultados satisfactorios. Recientemente, la ley 1285 de 2009, reformatoria de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ordena el establecimiento de un plan nacional de descongestión. Este plan intenta resolver el problema de la congestión, distribuyendo el trabajo entre distintos estamentos judiciales, creando nuevos despachos de apoyo, entre otros. Fuente: Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia. Informe preliminar del 14 de Abril de 2010.

<sup>95</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo y García Villegas, Mauricio. *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* En Revista Derecho Público N° 15. Bogotá. Universidad de los Andes 2002.

- Comparativamente, la tutela ha crecido respecto de las otras acciones judiciales. El número total de nuevos casos en la justicia ordinaria ha aumentado dos veces (de 750.000 en 1993 a 1.400.000 en 2001). Esto implica que el uso de la tutela ha aumentado seis veces.
- La situación más dramática de congestión se da en las altas cortes. En 1999 la Corte Suprema de Justicia resolvió 8.500 casos, de los cuales 4.400 fueron tutelas.

Estos datos, que pasan de una década a otra, muestran cómo ha crecido el problema de la congestión en la justicia por el uso desmedido de las acciones de tutela.

De acuerdo con el Informe Preliminar de la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia (2010), el sistema de derechos en la Constitución de 1991 amplió un espectro de posibles acciones que los ciudadanos pueden tomar ante un juez, pero no se concentró en la creación de despachos judiciales que pudieran atender la previsible toma de acción por parte de quienes hacían uso de estas garantías<sup>96</sup>.

Quede claro entonces que la tutela como mecanismo de protección constitucional no es mala *per se*; de hecho, Colombia hace parte del denominado constitucionalismo moderno al establecer, en la Carta Política de 1991, una gama de derechos fundamentales, pero también unas herramientas eficaces y eficientes, cercanas al ciudadano del común; la reina de todas ellas: *la acción de tutela*.

En opinión de los citados expertos, la tutela contribuye a la congestión, porque el tema de la justicia –su rapidez y eficiencia– no es prioritario para el Estado colombiano. La rama judicial tiene una muy baja participación en el presupuesto nacional, comparándolo con otros sectores como el de defensa, y con el paso de los años, ha tenido una pérdida sistemática de posición frente al PIB<sup>97</sup>. Asimismo, el Estado colombiano y sus distintos estamentos no se han puesto en la tarea de elaborar un plan de mediano y largo plazo, que pueda solventar la crisis que es ocasionada por la congestión –no sólo por los efectos negativos inmediatos, sino también por aquellos que incentivan prácticas para judiciales y de mano propia–.

Por el contrario, los ‘*remedios*’ ensayados han sido tan desarticulados, que apenas han ofrecido una solución momentánea al problema, pero que, tomados como paliativos, más adelante agravan el problema que se pretendía solucionar.

En el año de 2008<sup>98</sup>, el país tenía en su haber 4.035 funcionarios judiciales, entre los cuales: 3.571 eran jueces; 557, magistrados de tribunales; 55,

---

<sup>96</sup> Comisión de Expertos de la Reforma en la Justicia. Informe Preliminar del 14 de abril de 2010. p. 68.

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 64.

<sup>98</sup> De acuerdo con los últimos informes disponibles del Consejo Superior de la Judicatura.

magistrados de salas administrativas del Consejo Superior de la Judicatura; 63, magistrados de las salas disciplinarias, y 59, magistrados de las altas cortes<sup>99</sup>. De acuerdo con estos datos, para el 2008, alrededor de dos millones de casos ingresaron en el sistema judicial, incrementando en un 17% el número de litigios que abren el año, respecto de los existentes a principios de 2007. Para finales del año 2008 había alrededor de tres millones de expedientes represados, lo que denuncia una situación de congestión diciente e inmanejable<sup>100</sup>.

En cuanto a la acción de tutela, del total de casos ingresados en 2008, el 25% corresponde a este mecanismo. Sin embargo, un dato más específico respecto de las altas cortes revela que constituyó en el Consejo de Estado el 35% de los ingresos, y en la Corte Suprema de Justicia constituyó el 69% de los ingresos<sup>101</sup>.

Al día de hoy, la principal causa para la interposición de tutelas sigue siendo la reiterada conducta de la Administración de no dar un alivio pronto y oportuno a los derechos de petición incoados por los ciudadanos<sup>102</sup>. Tres décadas después de la entrada en vigencia de la carta de derechos (como lo muestran los tres estudios incorporados en este escrito, uno de 1996, otro de 2002 y otro de 2010) dan a entender que si bien la tutela se usa excesivamente y representa la cuarta parte de los procesos que se encuentran en los despachos, ésta es interpuesta por una conducta omisiva del Estado y lesionadora del derecho fundamental de petición.

Esta causa puede ser sumada a otras dos que surgen con claridad del estudio y que representan, cada una, las etapas de la acción de tutela: (i). En primer lugar está la conducta omisiva del Estado, como causa reiterada, histórica y generadora de la mayor parte de tutelas en Colombia, (ii). En segundo lugar, está la incapacidad de la rama judicial a la hora de atender las tutelas. Si no hay tantos jueces como probabilidades previsibles de uso de las garantías, el sistema no se sostendrá por sí mismo, y (iii). El uso incorrecto del mecanismo por parte de la ciudadanía, que representa un porcentaje alto a la hora de denegar tutelas, por no preferir (o desconocer) la persona el uso de otros mecanismos judiciales posibles.

En efecto, uno de los riesgos y/o problemas que se están evidenciando en la disciplina del derecho procesal constitucional radica, a nuestro juicio, en los denominados procesos constitucionales, por su condición de ser atípicos; tal atipicidad se desprende de sus características, entre otras, que deben ser sencillos, rápidos y efectivos; pero esto conlleva, a su vez, otros problemas: uno de tipo cuantitativo, una **multiplicación** de procesos constitucionales puede hacer

<sup>99</sup> Comisión de Expertos de la Reforma en la Justicia. Informe preliminar del 14 de abril de 2010. p. 65.

<sup>100</sup> *Ibidem.* p. 67

<sup>101</sup> *Ibidem.* p. 68.

<sup>102</sup> *Ibidem.*

colapsar el sistema judicial de un país; es el caso colombiano. Adicionalmente, se pueden presentar problemas de **desnaturalización** de procesos constitucionales, en el sentido en que las partes presentan a los tribunales acciones de tutela para atender casos complejos o polémicos, que son del resorte de la justicia ordinaria; entre otras razones, atentos a que es una salida, porque la tradición procesal escrita es apegada a demasiados ritos; el formalismo se convierte en regla de oro y, con frecuencia, los abogados se aprovechan de estas reglas para que la controversia se adelante en un escenario que les favorezca: como demandante o como demandado.

Estas causas de la “tutelitis” serán retomadas en la parte propositiva de este escrito, para plantear alternativas de solución que permitan enriquecer el debate.

## 2.2 GARANTISMO CONSTITUCIONAL Y TUTELA

El término que se ha acuñado como *garantismo constitucional* es el reflejo de una concepción moderna del derecho que se da en dos niveles: el primero es el nivel normativo: un tránsito del formalismo –respeto a la objetividad de las leyes– al anti formalismo –respeto por la norma constitucional y valores superiores–; el segundo es el nivel de quien aplica las normas: un tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho.

Teniendo esto claro, el garantismo constitucional puede ser definido como el conjunto de aquellas protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tienen como finalidad hacer vigente el modelo de Estado constitucional de derecho<sup>103</sup>.

De acuerdo con lo anterior, las garantías son aquel conjunto de técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia entre normativa y efectividad. A través de ellas, logra darse un cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales<sup>104</sup>.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, existen tres planos para entender el garantismo: (i). el modelo normativo de derecho, que hace referencia al sistema de poder mínimo, entendiendo los derechos fundamentales como unos límites en los que la libertad del individuo es maximizada y la interferencia del Estado es minimizada. (ii). Teoría del derecho y crítica del derecho, que implica la adopción de un iuspositivismo crítico<sup>105</sup>, donde el juez deba emitir juicios de validez de

---

<sup>103</sup> Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano; Legis Editores S.A. Bogotá, 2005, 484 p. Documento de red. Disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08\\_137\\_jaristizabal\\_juan\\_carlos\\_esguerra.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_137_jaristizabal_juan_carlos_esguerra.pdf). p. 2.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Esto por contraposición al iuspositivismo dogmático, que acepta la ley por cumplir ésta con una serie de formalidades que son más importantes que el contenido mismo de la norma.

las normas y dotar de sentido las leyes, a través de un discurso argumentado<sup>106</sup> frente a la probable existencia de algunas o antinomias y (iii). La filosofía de la política, que concibe al Estado como un instrumento para dar cumplimiento a los derechos fundamentales, dándole un revés a su funcionalidad. El Estado es concebido ahora como un medio cuyo objetivo es la garantía de los presupuestos básicos de los individuos<sup>107</sup>.

Como puede observarse, el sistema garantista contempla no solamente la edificación de una serie de principios y valores convertidos en derechos, sino también la posibilidad de reclamarlos erigiendo unos mecanismos eficientes, que reafirmen la existencia del Estado constitucional. Entre estos mecanismos, se encuentran: las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, la acción y excepción de inconstitucionalidad, entre otras.

De estos mecanismos, la tutela es la que tiene más impacto en el ámbito judicial, debido su atipicidad, la cual se deriva de las *características* que la revisten:

*Informalidad*, por cuanto no requiere, ni para su presentación ni para su trámite y decisión formalismos o “formas sacramentales”, ni siquiera un escrito, ya que puede ser presentada de manera verbal, amén de no exigirse ninguna calidad del individuo que la impreca, sólo la de ser persona a quien se le han vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales;

*Autonomía*, porque la acción de tutela subsiste y se tramita por sí misma, sin necesidad de acudir a otro mecanismo jurídico-procesal;

*Inmediatez*, el procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de tutela es inmediato, preferente y sumario, pues lo que interesa es la decisión material sobre si se concede o no la protección impetrada;

*Subsidiaria y Preventiva*, ya que no se trata de una vía expedita para la resolución de un conflicto o para la obtención de un determinado resultado, pues la tutela respeta los medios de defensa judicial de carácter ordinario; sin embargo, el juez de tutela puede obviar la subsidiariedad cuando se puede presentar un perjuicio irremediable.

*Sumaria y preferente*, el trámite de la tutela debe surtirse sin ninguna dilación de los términos establecidos para ello, sin excepción alguna, pues de lo que se trata es de asegurar la inmediata protección del derecho conculcado o amenazado. Además el procedimiento del amparo debe tener una prelación absoluta

<sup>106</sup> Este tipo de pensamiento razonado es impulsado por autores como Robert Alexy. Para el caso ver: Alexy, Robert. *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría jurídica y Filosofía del Derecho.

<sup>107</sup> Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio. *Los Derechos Fundamentales en la filosofía política de Luigi Ferrajoli*. p. 3. Documento de red. Disponible en: <http://www.lettrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf>.

frente a los otros asuntos judiciales que se estén tramitando paralelamente en el despacho correspondiente.

*Permanente*, no hay caducidad para interponer la acción que le haga perder su efecto y vigor, pues se puede reclamar ante los jueces en todo momento y lugar.

*Efectos interpartes*, ya que la incidencia del fallo de la acción de tutela sólo regirá para las partes actuantes en ella, es decir, accionante y accionado, pues se trata de una situación particular, con unos actores plenamente establecidos que actúan en nombre propio en defensa de sus derechos.

No obstante estar sujeta la acción de tutela a un trámite judicial breve y sumario, se deben observar en esta actividad, las normas y principios que rigen el debido proceso para todas las actuaciones judiciales, extrajudiciales, administrativas y de cualquier otra naturaleza, con el fin de evitar actuaciones ambiguas, confusas o irregulares, que pongan en entredicho el accionar del andamiaje judicial.

Estas razones explican el uso que se le da a la acción de tutela y la confianza que los ciudadanos tienen en ella, por ser un mecanismo expedito y eficaz. Muchas veces, el no entendimiento del garantismo constitucional, puede repercutir en un uso excesivo de la tutela y ser un aporte considerable para la congestión.

### 2.3 IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS

Siempre que un debate se plantea en forma de disyuntiva, se tiende automáticamente a beneficiar una de las dos posibilidades, y a perjudicar a la otra.

Por lo general, la estructura de pensamiento que se desprende al plantear una batalla entre dos principios, dos realidades o dos extremos políticos, entre otros, se hace tildando a una de “mala” y a la otra de “buena”. De esta forma se impide la realización de un trabajo de ponderación en orden de resolver el dilema.

Cuando se pregunta: *¿qué debe primar entre el garantismo constitucional y la celeridad en los procesos?*, se olvida que las dos realidades no son mutuamente excluyentes y que, atacando el problema desde otra perspectiva, pueden darse mejores y más razonadas soluciones.

El objetivo de este texto no es condenar el garantismo constitucional y abogar por su desaparición, cuando a través de las herramientas que provee al ciudadano, ha conseguido avances ingentes para la sociedad colombiana: desde la no discriminación y reconocimiento de derechos de los afro-descendientes frente a prácticas discriminatorias sutiles<sup>108</sup>, hasta el freno de grandes proyectos de infraestructura, que se saltan la consulta previa a pueblos indígenas<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala Segunda de Decisión de Tutelas. Sentencia de Septiembre 25 de 2008. M.p. : José Luis Quintero Milanés.

<sup>109</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-030/08.

Lo condenable no es el sistema garantista de derechos por sí mismo, sino la equivocada concepción que se tiene de él. Se sostiene que el juicio o noción errada del garantismo es la causa principal de la congestión judicial por vía de la acción de tutela.

Conviene, entonces, tratar de identificar los problemas:

Las tres causas que fueron expuestas en la primera parte de este escrito demuestran que ni el Estado ni la ciudadanía comprenden de manera correcta cómo debe ser el actuar dentro de un sistema de derechos como el que nos cobija. Y, esto ocasiona, como consecuencia, un incremento en el [mal] uso de las garantías constitucionales. En lo atinente a la acción de tutela, tenemos:

(i) Desde la perspectiva del Estado:

El principio de garantía efectiva y de eficacia de la protección de los derechos ha llevado a la incorporación de variados elementos claramente identificados: por una parte, la constitucionalización de los distintos medios de garantía a través de acciones, esto es, de derechos públicos subjetivos que permiten acudir ante la jurisdicción y obtener la satisfacción de su pretensión, la cual requiere para su operatividad de los procedimientos y del juez competente que administre justicia. El otro es la judicialización de esa defensa o protección, de manera que la efectividad de los instrumentos concretos de protección se encuentran radicados orgánica y funcionalmente en la rama judicial, de modo tal que como órgano público le corresponde lograr tal eficacia de los derechos o lo que algunos doctrinantes denominan “la defensa judicial de la Constitución”, como está expresamente prevista la función pública en el artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ( art. 1° ley 270 de 1996).

En consecuencia, dos son las razones por las que puede endilgársele al Estado una mala concepción del sistema de derechos, que trae como consecuencia la congestión por el uso indebido de la acción de tutela:

- Los tres estudios recopilados por este texto demuestran que durante los últimos veinte años, la causa que da lugar al mayor número de tutelas es la no respuesta de la Administración a los derechos de petición que presentan los ciudadanos. Por lo tanto, el mayor hecho generador de la interposición del mecanismo es la actitud indiferente del Estado en dar cumplimiento a una obligación que responde a la protección de un Derecho Fundamental. No dar cumplimiento a esta obligación implica pasar por encima del sistema de garantías. Si la Administración diera cumplimiento a sus obligaciones constitucionales, existiría poco menos de la mitad de acciones de tutela.
- La Constitución de 1991 se encargó de crear un sistema amplio de garantías judiciales, pero no se encargó de generar una infraestructura –verbigracia,



suministrar instrumentos adecuados de preparación, capacitación, y tecnificación que fortalezcan el aparato judicial— como contraprestación de la previsible congestión del sistema. Es decir, plantear un sistema de garantías sin un soporte real para materializarlas es un error de implementación de una política pública, y genera una serie de problemas visibles. Ante este panorama, los procesos se incrementan, pero el número de jueces no<sup>110</sup> y, por ende, existe el represamiento de los casos.

(ii) Desde la perspectiva del usuario de la Administración de Justicia:

- Si bien es cierto que la primera causa para la interposición de tutelas es la omisión del Estado frente a un Derecho Fundamental, la primera causa para que los jueces denieguen el recurso es la existencia de otro medio judicial para la protección del derecho. Lo anterior implica un desconocimiento de la naturaleza y los elementos fundamentales de la acción. El mal entendimiento de la garantía hace que se use de forma excesiva, en eventos que no la requieren. Los aspectos que hacen de la acción de tutela el mejor mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales llevan a pensar al ciudadano, de forma errada, que éste es el único mecanismo para la protección de los derechos. Olvidan que se trata de un elemento subsidiario y residual, que opera en caso de que no haya otro mecanismo de defensa judicial.
- Pero, también desconoce el usuario de la Administración de Justicia los constantes esfuerzos legislativos, particularmente de las normas de procedimiento<sup>111</sup>, que se han expedido, para dotar de reglas y de principios que agilicen la actividad jurisdiccional —especialmente en lo civil— como también preceptos sustanciales<sup>112</sup> que se han dictado para impulsar la Administración de Justicia.

---

<sup>110</sup> Por supuesto que no referimos a operadores judiciales con verdadero liderazgo; con fundamento y sustento de idoneidad, honestidad, capacidad para hacerlo. Hablamos de un juez como modelo o líder social, dadas su investidura, sus realizaciones y su posición.

<sup>111</sup> Por cuestión de espacio resumiremos algunas de estas normas expedidas a partir de finales de la década del 80: reajuste de las cuantías en asuntos civiles y manera para actualizarlas (Decreto 522 de 1988); trámite notarial de las sucesiones (Decreto 902 de 1988, modificado y adicionado por el Decreto 1729 de 1989); cambio de nombre ante notario y corrección de errores en las actas de registro civil (Decreto 999 de 1988); separación de cuerpos de matrimonio civil ante notario (Decreto 2458 de 1988); celebración de matrimonio civil ante Notario (Decreto 2668 de 1988, modificado por el Decreto 1556 de 1989); se crea la jurisdicción de familia (Decreto 2272 de 1989); la jurisdicción agraria (Decreto 2303 de 1989); se regula el proceso arbitral; se modifica sustancialmente el Código de Procedimiento Civil en más de la mitad de sus normas (Decreto 2282 de 1989); se crean las legislaciones de descongestión (Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991 y ley 448 de 1998); la ley 794 de 2003 introdujo diversas reformas al Código de procedimiento Civil, etc.

<sup>112</sup> Los códigos sustanciales básicos, Civil y Comercial, también han sido modificados y reformados, con el criterio de consagrar normas que constituyan reconocimientos claros de derechos subjetivos. En tanto se cuente con preceptos sustanciales de alcance aceptados socialmente, la actividad procesal será menor: Ley 721 de 2001 en materia de pruebas científicas; De reto 2820 de 1974 que

## 2.4 SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS

1. En vista de que el Estado tiene su cuota de responsabilidad en la congestión, debe hacerse un llamado para que: (i) existan, por parte de la Administración y sus entidades, políticas más sanas y respetuosas de los Derechos Fundamentales de los asociados, en especial de la petición respetuosa de información y su pronta respuesta. Esto puede hacerse eliminando tanta carga burocrática que, finalmente, genera este tipo de retrasos de las entidades. Parafraseando al profesor Rodrigo Uprimny “para reducir la *tutelitis*, hay que reducir la *abusitis*”, y (ii) que se genere desde el Gobierno y el Congreso un plan a largo plazo para que la rama judicial tenga una participación más amplia en el presupuesto nacional y se identifiquen las zonas, jurisdicciones y ramas de ella que necesitan un incremento del personal especializado y de apoyo.

Asimismo, cabe reiterar la posición de la Comisión de Expertos de la Reforma a la Justicia, de realizar campañas masivas para educar a las personas en la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos –MASC–.

2. Igualmente, la propuesta educacional y de campañas masivas debe estar enfocada en hacer un uso correcto de las garantías que el sistema provee. Las campañas educativas para que los ciudadanos del común sepan hacer uso de la acción de tutela no es necesaria sólo para reducir la tasa de yerros y de congestión, sino que también es un reflejo necesario de una democracia moderna.

No es suficiente conocer de las letras constitucionales, sino crear mecanismos idóneos de servicio y construir estrategias que permitan que la Administración de Justicia sea eficiente y eficaz, de manera que la persona afectada pueda acudir al Estado para que le proporcione la protección debida. Aún más, la efectividad del acceso a la justicia se alcanza del mismo modo garantizando a las partes la igualdad, la decisión justa y la ejecución real de ésta, con aplicación de la Constitución y la Ley.

3. Finalmente, se debe avanzar en el proceso de desjudicialización, es decir, la asignación de competencias judiciales a autoridades administrativas o notariales, para lograr que conozcan asuntos jurisdiccionales de índole privado; particularmente, para asignarles competencia para conocer de aquellos procesos que no comprometen controversias, pero que sí demandan tiempo y actividad de los funcionarios judiciales.

---

suprime la discriminación en la pareja matrimonial y consagra la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges y entre padres e hijos; ley 54 de 1990, consagró las uniones maritales de hecho entre compañeros permanentes y su régimen patrimonial, etc.

## 2.5 CONCLUSIONES

Es evidente un nuevo papel del juez que lo lleva a adoptar decisiones concretas de protección y garantía de derechos, resultante de sus competencias y deberes constitucionales, y no de posiciones culturales o ideológicas más allá de sus competencias, en busca de protagonismo o activismo.

En rigor, estas nuevas responsabilidades judiciales hacen aparecer al juez con mayor presencia social, al adoptar, ya no sólo las decisiones abstractas de constitucionalidad o de control de legalidad, sino a dispensar directamente los derechos y garantías a los ciudadanos y a ordenar su protección.

La acción de tutela –o recurso de amparo en otros países– es el reflejo de un sistema de derechos, que busca dotar al Estado de integralidad, eficacia y respeto por la norma constitucional. La acción de tutela es un mecanismo al alcance de cualquier ciudadano, que no sólo remedia agravios a derechos individuales, sino que también puede representar cambios para la sociedad y desarrollo de líneas jurisprudenciales fuertes, que vuelven el derecho más comprensivo e integrador.

Pero, el uso sin sentido y desmedido de este mecanismo, creado con la Carta Política de 1991, ha venido acompañado, infortunadamente, por una serie de problemas estructurales, que unas veces corresponden al Estado y otras veces al usuario de la Administración de Justicia.

Identificar estos frentes implica realizar inmediatamente un esfuerzo conjunto entre administración y administrados, para que el uso de este bien pensado mecanismo, no se desnaturalice ni se haga de forma errónea.

La solución al problema de garantismo constitucional frente a crisis de la justicia puede darse con la identificación de los problemas adyacentes a la figura del garantismo y proporcionando soluciones útiles que desestimen la eliminación de una u otra variable. La congestión por vía de acción de tutela, como quedó demostrado, obedece al mal entendimiento que se tiene del garantismo y a fallas históricas y reiteradas de la concepción de la acción de tutela, por parte del Estado y de la ciudadanía.

Las soluciones que aquí se aportan para enfrentar estos problemas se proponen como la apertura de un debate y como la preliminar toma de una acción, para poder, por fin, conjurar una crisis que obedece a una mala praxis de estamentos normativos apropiados.

**ANEXOS**  
**Soportes de datos - año 1996:**

**1. Hechos generadores de la acción:**

<i>Hechos</i>	%
Un individuo solicita a una entidad que presta servicios de seguridad social que responda a una petición relativa a la prestación de un servicio o a la garantía de un derecho propio de la seguridad social.	11.57
La entidad a la cual se le pide la información no responde a la petición formulada.	9.83
La entidad correspondiente no paga prestaciones sociales y/o salarios.	6.18
El demandante es declarado en situación de insubistencia o despido.	3.33
El patrono no paga las prestaciones para la seguridad social de sus empleados.	3.01
Un colegio niega la admisión de un alumno.	3.01
El demandante se siente afectado por un establecimiento educativo a raíz de la aplicación de procedimientos disciplinarios y sanciones.	2.54
Se niega la prestación de seguridad social.	2.38
La decisión judicial se considera injusta o ilegal.	2.38
La decisión tomada por la administración pública es considerada injusta o ilegal.	2.38
Otros.	46.6

*Fuente:* De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.

**2. Derechos**

<i>Derechos</i>	%
De petición	23.93
Al trabajo	16.32
Al debido proceso	12.84
A la educación	7.92
A la seguridad social	7.29

<i>Derechos</i>	%
A la propiedad	5.86
A la intimidad, al buen nombre y <i>habeas data</i>	4.44
A la salud	4.12
A la integridad personal	2.85
De los niños	2.22

Fuente: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.

### 3. Demandantes recurrentes

<i>Demandantes</i>	%
Trabajador	21.71
Representantes de menor de edad	5.07
Persona privada de la libertad	4.75
Persona de la tercera edad	4.44
Grupo de personas	4.44
Menor de edad	2.06
Grupo de trabajadores	1.90
Sociedad comercial	0.16
Grupo de estudiantes	0.95
Junta de acción comunal	0.95

Fuente: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Ediciones uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.

### 4. Demandados recurrentes

Alcaldía municipal	11.25
Particulares	8.24
Cajanal (seguridad social)	7.45
Instituto de Seguros Sociales	6.02
Empresa privada	4.75
Colegio privado	4.28
Juez civil	4.12
Empresas de prestación de servicios públicos	3.80
Caja departamental o municipal de previsión social	3.01
Inspecciones de policía	2.22
Colegio público	2.06

Juez penal	1.74
Secretaría distrital	1.74
Alcaldía menor	1.58
Universidad privada	1.58
Establecimiento o autoridad carcelaria	1.43
Gobernador	1.43
Secretaría Departamental de educación	1.43
Empresa de información	1.27
Hospital	1.27

Fuente: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.

### 5. Tutelas concedidas y negadas:

	Concedidas		Negadas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Primera instancia	180	28.53	451	71.47	631	100
Segunda instancia	41	26.25	134	83.75	160	100

Fuente: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Capítulo VIII: *La acción de tutela*. Ediciones uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.

### Soporte de datos 2002:

Evolución demanda de tutela		
Año	Total	Por juez
1992	10.732	3.3
1993	20.181	6.2
1994	26.715	8.2
1995	29.950	9.2
1996	31.248	9.2
1997	33.663	9.6
1998	38.248	10.3
1999	90.248	11.7
2000	131.765	27.7
2001	133.273	40.4

Fuente: Datos de la relatoría Corte Constitucional

Extraído de: Uprimny Yepes, Rodrigo y García Villegas, Mauricio. *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* Revista Derecho Público N° 15. Universidad de los Andes, 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Los Derechos Fundamentales en la filosofía política de Luigi Ferrajoli. p. 3. Documento de red. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf>
- ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1995.
- COMISIÓN DE EXPERTOS de la Reforma en la Justicia. Informe Preliminar del 14 de abril de 2010. Comisión creada por el Decreto 4932 de diciembre 8 de 2009.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Capítulo VIII: La acción de tutela. Bogotá, Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias. 1997.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano; Legis Editores S. A. Bogotá, 2005, 484 p. Documento de red. Disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08\\_137\\_jaristizabal\\_juan\\_carlos\\_esguerra.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_137_jaristizabal_juan_carlos_esguerra.pdf)
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte? Revista Derecho Público No 15. Bogotá. Universidad de los Andes, 2002.

### CAPÍTULO 3

## La exigibilidad judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja

Mario E. Chaumet\*

### INTRODUCCIÓN

En nuestros días en Argentina, pero también en otros países herederos del derecho continental, es frecuente encontrarnos con casos judiciales como éstos:

– En el caso “*Gentini*” se interpuso una demanda contra Telefónica Argentina S. A. y el Estado nacional, pretendiendo reparación de los daños y perjuicios derivados de la omisión incurrida por la no emisión de bonos de participación en las ganancias previstos para el personal de la ex ENTEL. Para justificar su decisión, la Corte Suprema de Justicia destacó el carácter operativo de los principios de los derechos sociales (“tiene categoría constitucional el principio “in dubio pro justitia socialis”).<sup>113</sup>

– Los médicos de un hospital público y dos asociaciones profesionales dedujeron una acción de amparo contra la provincia de Salta, con el objeto de que se diera solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos que padece el nosocomio. En el caso sostuvo el Juez Lorenzetti –actual Presidente del más Alto Tribunal– que quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la

---

\* Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario (Argentina). Profesor ordinario y director de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

<sup>113</sup> También se sostuvo que es regla de interpretación que la declaración formal de la Constitución debe ser interpretada a la luz de las condiciones del presente, teniendo en cuenta “el objetivo preeminente de lograr el bienestar general” lo cual significa decir “la justicia en su más alta expresión” y “esto es la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a ... que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización” (Causa “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. accionariado obrero*” –CSJN– 12/08/2008 y el comentario de Roberto Antonio Punte: Una nueva definición de la Corte Suprema sobre operatividad de derechos sociales, [www.eldial.com/suplementos](http://www.eldial.com/suplementos)).



Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y, muy especialmente, en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas<sup>114</sup>.

– En el caso “*Freddo*”, sobre la base de principios y reglas emanados de la Constitución Nacional y de tratados internacionales, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil condenó a que la demandada –dueña de una cadena de heladerías– contratara exclusivamente personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

– En el caso “*Verbitsky*”, se interpuso ante la Corte Suprema de Justicia argentina un hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penales y comisarías superpobladas, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. El Tribunal sostuvo que: “No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino de evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”.

– Debido a los inconvenientes de gestión del Hospital Francés de la ciudad de Buenos Aires, se había dejado de dar atención adecuada a un niño enfermo de leucemia. En la sentencia que hizo lugar a lo pretendido, se sostuvo que el poder judicial como órgano del Estado Nacional debe, ante supuestos en los que se ponen en riesgo garantías o derechos que, como la vida y la salud, se encuentran especialmente tutelados por normas del bloque de constitucionalidad federal, adoptar las medidas que sean necesarias para su resguardo, y debe hacerlo no sólo para tutelar a los particulares, sino por ser un imperativo establecido en el máximo orden normativo nacional y en el internacional del que participa la República<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Sostuvo la Corte que correspondía dejar sin efecto la sentencia que rechazó la acción de amparo con sustento en que la pretensión de los amparistas no constituía una causa concreta en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y que el amparo no era la vía apta para realizar el planteo, toda vez que dicho rechazo fue decidido sin considerar el fondo de la cuestión, sobre la base de apreciaciones meramente rituales y sin brindar una adecuada respuesta a los planteos conducentes de los amparistas tendientes a demostrar la admisibilidad de la acción. (L.L. 10/11/2006, 6).

<sup>115</sup> La defensora oficial solicitó que, en salvaguarda de la salud y la vida del menor, se pusiera en mora al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que se ordenara que todos los costos que demande el tratamiento para el trasplante sean afrontados por la Secretaría de Salud de la ciudad y, en forma subsidiaria, por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. ([www.eldial.com/eldialexpress](http://www.eldial.com/eldialexpress).) Se consideró, además, que el derecho a la vida y a la salud de las personas es un derecho humano fundamental de nuestro sistema normativo, especialmente tutelado en el caso de los niños. Se resaltó que la prevención del daño surge como un mandato dirigido a la magistratura,

– La Defensoría del Pueblo de la Nación denunció que más de la mitad de los niños de entre 7 y 11 años que viven en el Polo Petroquímico de Dock Sud tienen altos niveles de plomo en la sangre, debido a la contaminación del Riachuelo. La Corte Suprema de Justicia ordenó un Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca<sup>116</sup>.

– En el caso “Borio” los actores interpusieron un recurso de amparo contra el Estado Nacional y COMFER, pretendiendo que el Tribunal garantice el derecho de los amparistas y los demás usuarios del servicio a continuar recibiendo la señal de televisión del Circuito Cerrado de Televisión Codificado en la Banda UHF, Sostuvieron que dicha señal constituye el único medio televisivo, por el que ellos, sus núcleos familiares y los que viven en el ámbito rural circundante, reciben televisión local, regional, provincial y nacional, y con base en ello, se pueden integrar a las realidades de su tiempo, en el espacio en que residen<sup>117</sup>.

A qué dudarlo, día a día nos encontramos con más y más conflictos que son sometidos al conocimiento de los jueces por situaciones que no hace mucho hubieran sido inimaginables. Frente a esa verdadera “novedad de los tiempos”, advertimos que se alzan tanto voces laudatorias, que exigen una participación activa por parte del juez, cuanto voces detractoras, que denuncian la total impertinencia de la participación de un órgano judicial a su respecto<sup>118</sup>.

---

como una clara responsabilidad social, ya que desde el punto de vista de la víctima, es preferible a su reparación y lo es también desde el de los intereses del buen gobierno de la sociedad. También se expuso que la preservación del derecho a la vida y a la salud de un habitante de la República constituye el sustrato básico para la consideración de cualquier otro derecho; por lo que se requiere que la respuesta jurisdiccional ante un planteo de la naturaleza del que nos ocupa se produzca en forma urgente, sin requerir el agotamiento de trámites o medidas que podrán evaluarse como requisito previo frente a planteos que no involucren valores jurídicos, políticos y sociales como los involucrados en este caso, pero no en supuestos de urgencia vital como el que nos ocupa.

<sup>116</sup> Asimismo condenó a la Auditoría General de la Nación a llevar un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan, ello sin perjuicio de la facultad del juez encargado de la ejecución de presentar todos los cuestionamientos relativos al control presupuestario y a su ejecución, los que deben ser detallados y circunstanciadamente respondidos por la Autoridad de Cuenca en un plazo de diez días hábiles. También habilitó la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan – tendiente a obtener la recomposición del daño colectivo–, la cual debe ser coordinada por el Defensor del Pueblo de la Nación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participen los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en condición de terceros interesados. (Caso “Mendoza” LA LEY 23/07/2008).

<sup>117</sup> Res N° 749 –“Borio, Américo José y otros c/ COMFER y otros– Acción de Amparo Ley 16986” –Juzgado Federal de Río Cuarto (Córdoba)– 04/07/2003). También se expuso que la reserva que tiene el Estado a formular fines y objetivos de la comunicación, debe ser ejercida con responsabilidad y razonabilidad por sus organismos especializados, debe interpretarse en forma armónica con las disposiciones de nuestra Constitución Nacional el derecho básico al acceso a la información y cultura.

<sup>118</sup> Esta ambivalencia también se observa en conflictos vinculados al derecho penal. Por un lado, existe un clamor social que exige seguridad y pretende que el sistema judicial no se erija en un límite para frenar la criminalidad. Por el otro, se recuerda que los jueces deben actuar las garantías propias del “estado de derecho”, no obstante la incompreensión social que esto pueda generar.

Para conocer cómo resultan garantizados los derechos fundamentales en el ámbito de un proceso judicial, debe destacarse que su reconocimiento admite dos dimensiones: a) en una dimensión *positiva*, estos derechos suponen la posibilidad de exigir su realización; b) en una dimensión *negativa*, estos derechos suponen la proscripción de una indebida intromisión estatal.

Desde el primer punto de vista de los analizados, es preciso indagar en qué medida el pleno ejercicio de los derechos se garantiza adecuadamente a través de un remedio jurisdiccional<sup>119</sup>.

Es en este tipo de casos en que se presentan diversas cuestiones sumamente debatidas. Están en juego aquellos derechos que la dogmática constitucional denomina “sociales”. Uno de las principales discusiones entre los teóricos de los derechos fundamentales consiste en definir si de ellos surgen derechos subjetivos a prestaciones. En caso afirmativo, se habla no sólo de obligaciones objetivas sino de la posibilidad de originar derechos subjetivos a acciones positivas<sup>120</sup>. Los casos se dificultan aún más si se piensa que los enunciados normativos que se invocan son *principios*, más precisamente *directrices*, que originan en el razonamiento jurídico una actividad muy compleja, dado que pueden envolver elementos de muy diverso género<sup>121</sup>.

No se puede dejar de resaltar que el tema nos interesa especialmente porque genera ricos interrogantes acerca de cómo puede funcionar el sistema formal de un Estado constitucional ante la situación de un Estado “ausente” o aun “fugitivo”. Lo que resulta impensable en países desarrollados (problemas y casos que jamás se vincularían con una decisión judicial) se presenta frecuentemente, en cambio, en países subdesarrollados, en países donde el Estado tiene un alto grado de inexistencia o con severas crisis sociales, económicas, políticas. Quizá se trate de casos extremadamente “conflictivos”, aquellos que nos sumen en la perplejidad de la duda y que brindan varios de los interrogantes actuales de la teoría del derecho.

---

<sup>119</sup> Habitualmente, y sobremanera en el marco del proceso penal, el tema se ha tratado desde el punto de vista negativo. Es claro que quienes tienen legalmente encomendada una investigación penal pueden incurrir en intromisiones en el ámbito propio de ciertos derechos fundamentales (como la integridad física, la libertad individual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones) pero lo mismo sucede cada vez que un juez está llamado a ampliar el marco de decisión que tradicionalmente se le confería.

<sup>120</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 419 y ss.

<sup>121</sup> Sobre la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, puede verse: Atienza, Manuel-Ruiz, Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 3 y ss. Asimismo, esta dificultad se acrecienta si se parte de la premisa según la cual las directrices no guían, en principio, las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Se puede ver también Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Planeta Agostini, 1993.

En este punto cabe recordar que, como lo expresa Josep Aguiló Regla, en nuestros días puede describirse una evolución del modelo de constitucionalismo que concibe los derechos constitucionales como límites negativos al contenido del orden jurídico, al modelo que ve a este último como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales: “Las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de ‘desarrollo’ y ‘concreción’ de los mismos; ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar”<sup>122</sup>.

Cabe también tener en cuenta las enormes dificultades que encierra la judicialización de los derechos sociales, especialmente cuando implican derechos a prestaciones en sentido estricto.

Asimismo, hay que considerar que los derechos sociales no son sólo difíciles de canalizar por una vía procesal que los haga efectivos, sino que muchas veces es engorroso localizar un sujeto pasivo obligado a dar o hacer. Si la polémica es tensa cuando se piensa en el Estado como destinatario, cuánto más habrá de serlo, si de alguna manera comprende a un particular.<sup>123</sup>

### 3.1 EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COMO “FUNDAMENTALES” CONLLEVA DEBERES CORRELATIVOS QUE EL ESTADO HA DE ASUMIR

Se ha dicho que los derechos fundamentales configuran vínculos sustanciales positivos y negativos. Los primeros son generados por derechos que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; los segundos, generados por los derechos –especialmente de libertad– que ninguna mayoría puede violar<sup>124</sup>. En consecuencia, el reconocimiento de derechos fundamentales supone el reconocimiento de *expectativas positivas* (que se corresponden a deberes positivos por parte de los poderes públicos) y *expectativas negativas* (que se corresponden a deberes negativos por parte de éstos).

En el primer supuesto, las expectativas se garantizan mediante técnicas de coerción o de sanción que posibiliten su satisfacción efectiva. En el segundo, se

<sup>122</sup> En: *Sobre la constitución del constitucional*, Doxa, N° 24, pp. 454 y ss.

<sup>123</sup> No en vano en los últimos años la fundamentación de los deberes positivos generales ha adquirido una notoria relevancia teórica y práctica, “en conexión sobre todo con los derechos que confiere el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su implementación en vista de cuestiones tan graves como la lucha contra el hambre. (Garzón Valdez, Ernesto, Los deberes positivos generales y su fundamentación, y Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta; Bayón, Juan Carlos, *Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites* (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés); Laporta, Francisco, J. Algunos problemas de los deberes positivos generales; Fishkim, James S., Las fronteras de la obligación, en “Doxa”, N° 3, 1986).

<sup>124</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2001, pp. 20 y ss.

garantizan mediante técnicas de invalidación, de anulación de los actos violatorios de esas expectativas.

En estos tipos de casos, nos encontramos con normas que suponen el reconocimiento de expectativas positivas. Sostiene Alexy que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (por ejemplo salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se hace referencia primariamente a derechos a prestaciones en sentido estricto<sup>125</sup>. Ello supone que el individuo tiene, bajo determinadas condiciones, derecho a prestaciones del Estado.

En este punto, cabe aclarar que Ezequiel Manóvil afirma que es falso que los derechos civiles y políticos son los únicos que generan deberes negativos en contraposición con el supuesto vínculo exclusivo entre derechos socioeconómicos y deberes positivos. Demuestra que todos los derechos dan lugar tanto a deberes positivos como a deberes negativos<sup>126</sup>.

Admitimos la crítica en tanto consideramos que la distinción entre expectativas positivas y negativas no constituye el elemento que determine la diferenciación entre derechos civiles y sociales<sup>127</sup>. En el presente trabajo solo pretendemos circunscribirnos al análisis que generan las expectativas positivas de los denominados derechos sociales.

### Su reconocimiento no es pacífico

Una de las manifestaciones de la crisis del derecho de este tiempo es la inadecuación estructural de las formas del Estado *de derecho* a las exigencias del

---

<sup>125</sup> Op. cit., pp. 482 y ss.

<sup>126</sup> Así por ejemplo el derecho a la seguridad impone deberes de no eliminar la seguridad de su titular, pero también de protegerle frente a la vulneraciones por parte de otros y requiere de recursos necesarios para garantizar su ejercicio (fuerzas policiales, centros de entrenamiento, abogados, guardias, cárceles tribunales y un régimen tributario para que sostenga la prevención, detección y castigo de violaciones a la seguridad personal). Por otra parte entiende que los derechos sociales pueden también generar deberes negativos como el no ser desalojado de una vivienda: “Es cierto que el derecho a la seguridad física es, en su esencia, un derecho que requiere que otros se abstengan de actuar de determinada manera. En el plano teórico, pues, pareciera justificarse la categorización de este derecho como un derecho “negativo”. En la realidad de los hechos, empero, un reclamo por seguridad física no implica normalmente una simple pretensión de no ser molestado, sino una demanda de efectiva protección frente a posibles daños o agresiones. De allí que, en el marco de una discusión relativa a la conducta estatal necesaria para garantizar los derechos de sus ciudadanos, ninguna diferencia significativa justifica la desestimación de los derechos de subsistencia sobre la base de su naturaleza “positiva”, en paralelo con la firme defensa del derecho, alegadamente “negativo”, a la seguridad física.”, ¿Son derechos los derechos socioeconómicos? LA LEY 12/03/2010, 1.

<sup>127</sup> Al respecto dice Rodolfo Arango que esto, aunque parcialmente cierto, no basta para desvirtuar la distinción entre derechos negativos y positivos, la cual tiene sentido en vista de las metodológicas que se presentan entre unos y otros para establecer su vulneración. La que sí resulta injustificada es la conclusión que se extrae de la distinción: que sólo los derechos negativos son exigibles judicialmente, mientras que los positivos no.” (*El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 334).

denominado Estado *social*. No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales (los derechos a la asistencia social, trabajo, vivienda, etc.), los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones o de compromiso político. Tal apreciación se agudiza en la medida en que se advierte que los derechos sociales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público. Aunque se acepte que esos derechos se encuentran formalizados en las Constituciones o en los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos sociales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado. De acuerdo con esta visión, las referidas declaraciones no generan prerrogativas para los particulares ni, consecuentemente, obligaciones para el Estado<sup>128</sup>.

Señala Ferrajoli que tal crisis aparece, en gran medida, asociada a una especie de contradicción entre el paradigma clásico del *Estado de derecho* (nosotros diríamos del Estado liberal de derecho)<sup>129</sup> –que redujo sustancialmente el cometido del derecho a un conjunto de limitaciones y prohibiciones impuestos a los poderes públicos con objeto de custodiar la libertad de los ciudadanos– y el *Estado social de derecho* que, por el contrario, requiere de dichos órganos la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones de carácter positivo, no siempre determinables en términos generales y abstractos (y por tanto, eminentemente discrecionales), ajenos a los principios de certidumbre y de estricta legalidad.

Por otra parte, sucede muchas veces que esa transformación en el reconocimiento de los derechos viene de la mano de un cambio profundo de los criterios políticos que los fundamentan. Se han especificado las diferencias entre el Estado liberal y el social de derecho. La legislación “social” es técnicamente muy diversa a la legislación tradicional y es así que, cuando consagra derechos subjetivos, estos derechos son pensados como derechos sociales antes que individuales:

“Contrariamente a los derechos tradicionales, con respecto a los cuales el se empeña en no permitir su violación, los derechos sociales requieren, por su propia naturaleza, su intervención activa a través del tiempo. El goce y la realización gradual de las expectativas y de los derechos que derivan de los programas legislativos de promoción dependen de hecho no solamente de evitar tendencias políticas contrarias o los abusos de poder de las nuevas mayorías, sino además de las coyunturas económicas de cada país que son diacrónicamente articuladas”<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Abramovich, Víctor-Courtis, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>129</sup> Sobre la caracterización del Estado liberal de derecho puede verse: Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*; Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1979, pp. 19 y ss.

<sup>130</sup> Zannotti, Francesca, *Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez “boca de la ley” a un juez de los derechos*, JA, 1996-III-803.

Hay que reconocer que para la mayor parte de los derechos sociales nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las que estableció para los derechos de libertad y propiedad. Por ello, Morelli pone de manifiesto las dificultades que tiene el derecho constitucional clásico para dar solución razonable a las exigencias básicas de la justicia social<sup>131</sup>.

Muchas son las razones dadas en defensa de los derechos sociales.

Siguiendo la tesis de Alexy el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es el argumento de libertad, que en su primera formulación implica que la libertad es sólo real cuando se poseen sus condiciones previas, esto es, los bienes materiales y espirituales que son presupuestos de la autodeterminación. ¿Es posible pensar que una persona que padece un severo cuadro de desnutrición es plenamente libre de pensar porque nadie interfiere activamente con su intención de hacerlo? No hay libertad sin la efectiva posibilidad de elegir<sup>132</sup>.

Yendo más allá, tomando a la libertad como punto de partida, el profesor alemán agrega una segunda tesis: bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales<sup>133</sup>.

Si analizamos, a título de ejemplo, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, comprobamos que prescribe que la efectivización del derecho a la vida y a la dignidad humana requiere que se aseguren las condiciones mínimas para la subsistencia. Es que “el ser humano posee una dimensión material y no puede subsistir sin un periódico intercambio de bienes con la realidad externa a él: alimentos, espacio físico, abrigo, vivienda, medicamentos”. ¿De qué modo que no sea meramente vacuo puede hablarse de un derecho a la vida, a la integridad física de la persona y a su dignidad, si no se admite un derecho a que quienes están inculpablemente imposibilitados de acceder a su

---

<sup>131</sup> *La justicia social y su protección jurisdiccional. Consideraciones con ocasión de un caso judicial*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, edición electrónica, [www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero7.htm](http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero7.htm). número7, febrero del 2004.

<sup>132</sup> Manóvil nos recuerda que las posiciones que niegan la juridicidad de los derechos sociales, se apoyan en una limitada concepción de la libertad, concebida como mera ausencia de coerción. Propone tener en cuenta otras nociones de libertad construidas como la habilidad para tomar decisiones genuinas y actuar en base a esas decisiones. Desde este punto de vista la libertad consiste en tener la efectiva posibilidad de ser y hacer lo que cada uno valora. De allí que sostenga que es necesario poner freno a la actividad excesiva de un Estado represivo como así también remover los obstáculos (ej. pobreza, hambre, enfermedad, ignorancia) cuando originan privación de las capacidades básicas, entre ellas, ausencia de libertad. No hay libertad sin la efectiva posibilidad de elegir. (*Op. y loc. cit.*)

<sup>133</sup> *Op. cit.*, p. 487.

alimentación, igualmente la obtengan?<sup>134</sup> De esto se trata cuando Alexy dice que el argumento principal en favor de los derechos sociales es un argumento de libertad: “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor”<sup>135</sup>. En ese sentido “la cuestión es saber si un liberal coherente, que acepte la necesidad de proteger la autonomía individual y los bienes primarios que permiten su desenvolvimiento, puede darse por satisfecho con la mera imposición de deberes negativos”<sup>136</sup>.

En virtud de ello, es condición necesaria para la realización de los denominados derechos humanos de primera generación que se proteja a los individuos de las penurias que produce la imposibilidad de procurarse la alimentación adecuada y los cuidados básicos que la salud requiere conforme al avance de la ciencia y la técnica<sup>137</sup>.

Como precisamente lo destaca el mismo Alexy a raíz de estos debates, una de las cuestiones más discutidas por la dogmática actual de los derechos fundamentales consiste en definir si las disposiciones sobre derechos sociales deben adscribir normas que confieran derechos a prestaciones. El iusfilósofo cita un fallo sobre asistencia social en el que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania especificó que la ley federal no obliga al Estado a proteger frente a la penuria material y no confiere al individuo ningún derecho fundamental a una asistencia social y que al deber del legislador de realización del Estado social no le corresponden derechos subjetivos. No obstante ello, el profesor de Kiel expresa que es claro que si el legislador omite arbitrariamente, sin razón objetiva, el cumplimiento de este deber podría surgir un derecho del individuo que habilita ser reclamado. También relata que con posterioridad, el mismo Tribunal dio un paso significativo al señalar que la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social: “En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna”. Por eso, considera que si se interpretan ambas decisiones conjuntamente, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional Federal parte de un *derecho fundamental a un mínimo vital*. Es más, Alexy precisa que hay coincidencia entre la jurisprudencia permanente y la opinión dominante en doctrina de reconocer un derecho social tácito, un derecho subjetivo a un mínimo vital.

<sup>134</sup> Stilman, Gabriel, *El derecho a la propiedad originaria como fundamento del derecho a la alimentación y de los derechos económicos básicos (a propósito del proyecto “El Hambre más urgente”)*, edición electrónica: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota67.htm>.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 486.

<sup>136</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.* p. 29.

<sup>137</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 486.



Si retornamos a los ejemplos de desnutrición infantil podríamos preguntarnos: ¿qué otra prestación mínima se puede reconocer como obligación del Estado que no sea la alimentación necesaria para evitar la desnutrición infantil? Si un Estado debe garantizar un derecho fundamental a un mínimo vital, éste supone ser la obligación de garantizar el derecho a la alimentación. Cuando está en peligro la vida de las personas y tratándose de supuestos en que los miembros de la población acrediten su incapacidad de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, el Estado debe adoptar medidas concretas. En estos casos, el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias<sup>138</sup>. El derecho a la alimentación y a la salud de los niños es, pues, un derecho humano que debe reconocerse, si se quiere vivir en un auténtico Estado de derecho: “En la hambruna no hay expresión de ideas, ni integridad física, ni cultura, ni libertad de movimientos. Sólo hay letargo o desesperación<sup>139</sup>”.

En síntesis, cabe reconocer en estos casos un derecho subjetivo a un mínimo vital<sup>140</sup>. Con palabras de Rodolfo Arango “una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona”<sup>141</sup>.

### 3.2 ¿CABE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA QUE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMUEVA LA OMISIÓN ESTATAL?

La justiciabilidad<sup>142</sup> de los derechos sociales fundamentales es, quizá, una de las cuestiones más debatidas en doctrina. Para muchos no son justiciables o lo son en una medida muy reducida<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> Si pensamos en términos de justicia, podríamos parafrasear a Rawls y preguntarnos si personas bien informadas que no supieran el lugar a ocupar en el mundo aceptarían estar en el lugar de quienes padecen hambre, desnutrición o desamparo y consentirían también que se les negara el derecho a una prestación alimentaria mínima. (Rawls, John, *A Theory of Justice*, 10ª ed., Cambridge, Massachussets, Belknap, 1980).

<sup>139</sup> Siguiéndolo a Stilman podríamos decir que reconocer a los niños el derecho a los alimentos que necesitan para vivir, es reconocerles que algún día tengan derecho a publicar sus ideas por la prensa, a profesar su culto, a elegir y ser elegidos para cargos de gobierno, etc. (op. y loc. cit.).

<sup>140</sup> Sostiene Arango que en los casos que hacen al mínimo social en el sentido de Alexy, como los *constitutional essentials* de Rawls, o en las necesidades antropológicas arraigadas como la integridad física, la salud, la libertad de movimiento de Habermas, los criterios de compensación no son de libre disposición del legislador, su reconocimiento no debe depender de la transitoria voluntad mayoritaria. (Op. cit. pp. 356 y ss.).

<sup>141</sup> Op. cit. p. 346.

<sup>142</sup> Somos conscientes que la palabra no se encuentra en el Diccionario de la Academia Española. Si existe la voz judicialización pero ella significa la acción y efecto de llevar por la vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente la política. Pretendemos referirnos a la posibilidad de exigir una solución judicial precisamente ante las carencia de otras vías,

<sup>143</sup> Carlos Bernal Pulido dice que los derechos sociales y los propósitos de justicia social ostentan por

Sin embargo, día a día nos encontramos con más y nuevos conflictos de derechos sociales que son sometidos al conocimiento de los jueces. La novedad provoca tanto voces laudatorias, que exigen una participación activa del juez, cuanto voces detractoras, que denuncian la total impertinencia de la participación del órgano judicial a su respecto.

La recepción de determinados derechos sociales modifica no sólo el sistema formal de derechos y garantías de los ciudadanos, sino que induce a reflexionar muy especialmente sobre la posibilidad y el alcance de la función judicial como instrumento para su realización. Es cierto que “su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.”<sup>144</sup>

Aun para el Estado liberal de derecho, el reconocimiento formal de derechos y garantías no fue suficiente, por lo que fue menester asegurar, asimismo, un sistema de *acceso a la justicia*, a fin de que esos derechos no pasaran de ser meras declaraciones.

Lo mismo ocurre con los denominados derechos sociales. Abramovich y Courtis ofrecen el ejemplo del Estado que desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre. Los autores afirman, con razón, que no se puede sostener que los beneficiados por la conducta estatal gozan del derecho a una alimentación adecuada y están protegidos contra el hambre si ante el incumplimiento de la obligación no cuentan con posibilidades de demandar al Estado su cumplimiento. Aquello que califica la existencia de un derecho a tener una alimentación mínima no se realiza plenamente si el sujeto no cuenta con alguna posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento: “Considerar plenamente un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acrededor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.”<sup>145</sup>

---

lo tanto el estatus de mandatos a los poderes constituidos, cuyo cumplimiento no es verificable plenamente en sede judicial. La armonía entre el carácter justiciable de los derechos sociales y los principios de la democracia representativa y la separación de poderes es tal vez la mayor aporía de los derechos sociales. De acuerdo con una concepción clásica de la Constitución, con fundamento en estos derechos, el juez constitucional sólo puede invalidar los exabruptos, las decisiones desproporcionadas, excesivas, arbitrarias. Si va más allá, aun con los nobles propósitos de un paladín de la justicia material, usurpa la libertad de configuración constitucional que ostenta el legislador. (en: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 239).

<sup>144</sup> Abramovich, Víctor - Courtis, Cristian, *op. y loc. cit.*

<sup>145</sup> *Ibidem*.

- Se ha dado una variedad de argumentos para cuestionar la justiciabilidad de los derechos sociales

La objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales<sup>146</sup>. Tradicionalmente se propone y acepta la distinción entre la actividad de “hacer” el derecho y “aplicar” el derecho. Esta distinción descansa en que la aceptación de un modelo democrático radica en que el derecho debe ser creado por aquellos órganos dotados de una legitimidad representativa<sup>147</sup>. Ello significa que –de acuerdo con los principios propios de la democracia y de la división de poderes– la decisión sobre el contenido de la prestación de un derecho social “no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino en la del ‘legislador’ directamente legitimado por el pueblo”<sup>148</sup>. Por eso se alega que los jueces pueden ordenar prestaciones al Estado derivadas de derechos sociales si el legislador previamente ya las ha determinado.

Desde el punto de vista de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos frente a la función judicial, urge reparar que este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces puede tensar las razones democráticas del Estado de derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas a este tipo de decisiones –inclusive en los países anglosajones y especialmente vinculadas a los citados remedios– es el hecho de ser *antidemocráticas*. Así, Francesca Zannotti advierte que cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los partícipes del proceso, ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces.

En torno a esto, Carlos S. Nino expresó:

Un juez que está completamente al margen del debate público y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático, acerca de la política social y económicamente preferible, acerca de la distribución de los recursos y de los mecanismos institucionales para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda de tal o cual manera<sup>149</sup>.

Este marco de nueva actuación judicial –especialmente en el derecho continental– puede tener consecuencias inesperadas para el mismo poder judicial, en

---

<sup>146</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

<sup>147</sup> Wroblewski, Jerzi, *The Judicial Application of Law*, Boston-London, Zenon Bankowski and Neil Mac Cormick, 1992, p. 316.

<sup>148</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 491.

<sup>149</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 687 y ss.

particular (lo reiteramos) respecto de su *legitimación*, ya que la imagen de tercero imparcial que dice el derecho se oscurece en pos de su rol redistributivo<sup>150</sup>.

El peligro se acrecienta si se piensa que la asunción por parte de los jueces de poderes decisorios tradicionalmente en manos de los otros poderes estimula a los órganos representativos para buscar nuevas “formas de control sobre el aparato judicial que le sustrae competencias”.

Uno de los ejes de mayor tensión en cuanto a la vigencia de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a la función judicial pasa por los derechos y garantías de aquellos otros ciudadanos que no participan del proceso y, no obstante, son gravados por las decisiones judiciales en él tomadas. Son muchos los casos sobre derechos sociales en los que las decisiones judiciales se proyectan sobre individuos indeterminados, y los jueces deben replantear su estilo de pensamiento tradicional referido a partes individualizadas en los expedientes<sup>151</sup>.

Una de las principales impugnaciones es la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. Si se quiere satisfacer el derecho de una persona a que se le dé alimentación mínima, tendría que satisfacerse el derecho de todos.

Con relación al objeto, la principal impugnación a los derechos sociales es que son muy imprecisos. Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos sociales. Dice Alexy, ejemplificando con el derecho al trabajo, que la escala de interpretaciones concebibles se entiende desde un derecho utópico a que cada uno reciba el trabajo que desee hasta un derecho compensatorio a recibir ayuda en caso de desempleo. Aun en el caso del derecho fundamental más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea serias dificultades.

Bidart Campos destacó que en este nuevo orden constitucional los órganos judiciales deberían receptor reclamos afianzados en las declaraciones de derechos e instar a los poderes del Estado a poner en práctica dichos derechos<sup>152</sup>. Subrayaba que la falta de respuesta del órgano requerido faculta al poder judicial a operar directamente satisfaciendo la petición, ya que su actuación se encuentra respaldada constitucionalmente. Desde otra mirada Grecco expresa que “... sin embargo, la insuficiencia normativa enerva en tales casos la tutela

<sup>150</sup> Zannotti, Francesca, *op. cit.*, p. 22.

<sup>151</sup> Meroi, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, Bs. As., Edit. Rubinzal-Culzoni, 2008.

<sup>152</sup> En: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

judicial, salvo que se piense que el derecho positivo atribuye facultades al juez para disponer, pongamos por caso, la ejecución de viviendas, o la construcción de zonas verdes, o de un hospital, lo cual no parece creíble<sup>153</sup>.

Se esgrime también como argumento que el control de constitucionalidad debe reservarse para los actos positivos de los poderes públicos, no para las omisiones, pues si el poder judicial interviene ante una omisión de los otros poderes, en rigor los estaría suplantando, y no existe norma que los autorice a ello<sup>154</sup>.

Con relación a las formas, se afirma que el proceso judicial no es el ámbito donde mejor debatir las razones que hacen a la implementación de estos derechos. El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general. El poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de políticas públicas<sup>155</sup>. El juez no administra intereses, no aprecia la conveniencia, oportunidad o utilidad, no sustituye un juicio opinable por otro igualmente opinable: sólo interpreta jurídicamente el ordenamiento<sup>156</sup>. Se alega que estas cuestiones requieren un espacio público de resonancia social que no puede quedar exclusivamente sometido a las alegaciones de las partes y que todos tienen que tener la oportunidad de argumentar y participar de alguna manera de la decisión.

Se invoca también la inadecuación de la estructura del poder judicial y su posición para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos: el poder judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados.

Desde el punto de vista de las razones de la decisión, estos casos se presentan como ejemplos de decisionismo judicial, suponiéndolo precisamente como una tendencia a olvidar los límites normativos que tiene el juez o, bien, a pensar que dichos límites son sólo ficticios. Un decisionista extremo sería, así, el juez que pensara que juzgar es solamente una cuestión de voluntad y no de razón<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> En *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial*, L.L., 1984-B, pp. 868 y ss.

<sup>154</sup> Morelli, Mariano, *op. y loc. cits.*

<sup>155</sup> Abramovich, Víctor - Courtis, Cristian, *op. y loc. cits.*

<sup>156</sup> Sesin, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 223.

<sup>157</sup> Ródenas Calatayud sostiene que la forma del “decisionismo judicial” es “poco afortunada descriptivamente y puede chocar con determinadas exigencias de “legitimidad política”, en *Razonamiento judicial y reglas*, México, Fontamara, 2000, pp. 75-76. Sobre la distinción y los significados metodológicos entre galantismo y activismo procesal puede verse Chaumet, Mario E., Meroi, Andrea, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, en “JA” (Bs, As., 2001), T. IV, pp. 847 y ss.

En este sentido, las *indeterminaciones* normativas y el uso de *principios* conllevan el peligro de la utilización de criterios propios del juez en su determinación con relación al caso. Con razón señalan Atienza y Ruiz Manero que “las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”<sup>158</sup>.

Aunque parezca obvio, debe señalarse que estas acciones no son el remedio adecuado para canalizar las disconformidades personales con las políticas legislativas y administrativas desplegadas por los otros poderes. Es cierto que los jueces son también beneficiarios de las decisiones en juego (como que también son ciudadanos) y que muchas veces no comparten las políticas que surgen de los otros poderes del Estado. Pero –aunque suene a Perogrullo y como lo expresara el juez Marshall– resultaría evidentemente impropio que el mismo juez antepusiera sus propios criterios al no estar de acuerdo con las apreciaciones de oportunidad, mérito y conveniencia en general de la política decidida por el poder legislativo.

Para garantizar judicialmente la realización de las expectativas sociales que generan los derechos fundamentales, urge reconocer los límites que nos ofrece la realidad.

Cabe recordar que una de las objeciones a estos derechos está en relación con el contenido económico que tienen las prestaciones peticionadas. Todos estos derechos son costosos y su *justicialidad* lleva a que la política presupuestaria quede, en gran medida, en manos de los tribunales. Es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros derechos humanos. Uno de los temas más tensos al respecto es la propia posibilidad del control judicial de las leyes de presupuesto<sup>159</sup>. Se dice que los recursos están destinados a atender las necesidades de toda la población, y si todos aquellos que padecen necesidades pretendieran que las pague el Estado ¿cuál sería la respuesta de este último?

Más allá de las razones de peso aducidas, con razón se sostiene que en estos casos también existen argumentos sólidos que justifican la intervención judicial para que el órgano jurisdiccional remueva la omisión estatal.

Como lo expresa Alexy, los problemas de “*judicializar*” los derechos sociales no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales.

<sup>158</sup> Op. cit. p. 12.

<sup>159</sup> Sagüés, María Sofía, *La acción de amparo como instrumento de control por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud*, JA, número especial “Derecho Procesal Constitucional”, 19.09.01, pp. 63 y ss.

Es cierto que su “*judicialización*” conduce a un desplazamiento de decisiones de la competencia del legislador a los jueces pero, por otra parte, su no vinculatoriedad conduciría a una violación de las normas internacionales que tienen jerarquía constitucional. Si la objeción es correcta, nos encontraríamos frente al dilema que presenta Alexy: o la inconstitucionalidad por desplazamiento de competencia o la inconstitucionalidad por violación de las cláusulas de vinculación.

Según Nino, el argumento contramayoritario de la judicialización se puede contrarrestar si se tiene en cuenta que los jueces deben ejercer un control del procedimiento democrático de ninguna manera limitado a condiciones formales. El mismo autor expresaba que los jueces deben promover y ampliar el proceso democrático abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Los otros órganos del Estado deben dar las razones del incumplimiento de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva. Ello implica que los jueces no deben restringir el proceso democrático, sino corregirlo y profundizarlo en especial cuando no se dan razones del incumplimiento<sup>160</sup>.

Sin perjuicio de ello, uno de los argumentos más significativos que opuso el iusfilósofo argentino a la objeción del control judicial de constitucionalidad es la protección de la autonomía individual. Cuando la omisión de los otros órganos pone en juego la subsistencia individual, no existe posibilidad de desarrollar un espacio de autonomía. Se abre una compuerta sumamente relevante para que los jueces tengan un papel activo en defensa de las condiciones imprescindibles en la defensa de la autonomía de los ciudadanos: “Hay derechos cuyo reconocimiento es tan esencial para la práctica constitucional vigente, que su desconocimiento, aun por una decisión democrática, socava claramente la continuidad de la práctica que da operatividad a ese tipo de decisiones”<sup>161</sup>.

En un Estado “ideal” de derecho, cada uno de los poderes estatales tiene asignadas las competencias específicas que se encuentra en condiciones de cumplir en virtud de su organización, su presupuesto y la índole de su gestión. Pero

---

<sup>160</sup> Sobre el valor epistemológico de la democracia en relación a las concepciones de la autoridad puede verse: Ródenas Calatayud, Ángeles, *Sobre justificación de la autoridad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 255 y ss.

<sup>161</sup> Expresaba Nino que no cabe ninguna duda de que las precondiciones para el buen funcionamiento del proceso democrático constituyen un continuo que comienza por cuestiones como la libertad negativa de expresión, pasa por las libertades positivas correspondientes –lo que requiere acceso a los medios de difusión, entre otras cosas– y termina abarcando derechos como los llamados “sociales” (*op. cit.*, pp. 692 y ss.).

... cuando el principio divisorio de poderes se vuelve un espejismo y quien debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales se muestra ausente, la judicatura se “apropia” de funciones que no le corresponden. Es que, si el dilema del juez ante el caso concreto consiste en optar entre inhibirse de entender –por no tratarse de una cuestión de su competencia– o resguardar el derecho a la vida, a la integridad, al desarrollo y a la dignidad de los involucrados, no hay alternativa posible<sup>162</sup>.

En este sentido, aun Francisco Laporta, quien invita a “dibujar” nuevamente las relaciones entre constitución y ley, y quien reclama una reivindicación de las competencias para el legislador, con relación a los derechos de prestación, afirma que hay algunos de ellos que han alcanzado un estatus especial por su importancia para el desarrollo de la personalidad individual, por lo que ciertos extremos de los mismos han de ser protegidos y atrincherados. Entre otros cita el caso de la salud pública. Refiere como conclusión general, “que los límites y compromisos previos que se imponen al poder de las mayorías se fundamentan directa o indirectamente en el valor que atribuimos al ciudadano como individuo libre y autónomo, definido a través de sus derechos”<sup>163</sup>.

El ideal de un Estado constitucional se realiza gradualmente. Urge entender la diversidad de posibilidades. Lo que resulta impensable en países desarrollados (problemas y casos que jamás se vinculan con una decisión judicial) resulta frecuente en países subdesarrollados. En países en los cuales el Estado tiene un alto grado de inexistencia, una de las pocas vías para que determinados enunciado normativos no sean pura ideología es la apertura a un acceso judicial efectivo.

En última instancia, y siguiendo a Alexy, en la ponderación para saber si en un caso concreto el individuo tiene derecho a reclamarle judicialmente la prestación que le otorga un derecho social fundamental se deberá tener en cuenta el principio de división de poderes y el de la democracia, que incluye la competencia presupuestaria del parlamento. En todo caso, como lo sostiene el pensador alemán, estas condiciones están satisfechas en los derechos fundamentales sociales mínimos<sup>164</sup>.

El mismo argumento debe tenerse en cuenta con relación a las objeciones vinculadas a los destinatarios, en especial, a la desigualdad que pueden originar las decisiones judiciales entre quienes accionan y quienes no lo hacen, y respecto de otros derechos de terceros. Por eso sostiene Alexy que: “el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica

<sup>162</sup> Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, en ponencia presentada al III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Bs. As. 8, 9 y 10 de septiembre de 2004.

<sup>163</sup> En *El ámbito de la Constitución*, Doxa, N° 24, pp. 482 y ss.

<sup>164</sup> *Op. cit.*, pp. 494-495.



tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto”. Este es el caso de los derechos mínimos. A este tipo de derechos mínimos definitivos se hace posiblemente referencia cuando derechos a prestaciones públicas subjetivos y justiciables son contrapuestos a un contenido objetivo excesivo.

Muchas de las otras objeciones dirigidas contra la *justiciabilidad* de los derechos sociales son circulares. Así, la falta de mecanismos judiciales adecuados no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales sino que exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos<sup>165</sup>. Refiriéndose a la crisis de la ley procesal, Michele Taruffo menciona como una de las causas, entre otras, “el aumento del número de los derechos que no vienen de hecho tutelados en vía jurisdiccional, porque faltan instrumentos procesales *ad hoc* o porque existen lagunas y disfunciones tales que impiden de hecho el acceso a la tutela jurisdiccional”. El autor sugiere como soluciones complementarias la superación de actitudes formalistas del legislador procesal, la recuperación y reformulación de los valores y principios básicos del proceso civil y penal, pero también la redefinición de los instrumentos de tutela procesal<sup>166</sup>.

Tampoco resulta un argumento sólido el hecho de que las decisiones judiciales no sean directamente ejecutables por requerir de provisión de fondos por parte de los otros órganos del Estado o que encuentren límites para su ejecución. En primer lugar, aun en estos casos, cabe resaltar el significado de una sentencia en la que el poder judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas. En materia de derechos sociales fundamentales, las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública: el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el poder judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población<sup>167</sup>.

De igual modo, hay que tener en cuenta que la imposibilidad de ejecución directa o los límites presupuestarios del poder judicial no son obstáculo para negar justiciabilidad al ejercicio de otros derechos. El saber que un deudor no está en condiciones de cumplir no es presupuesto de inadmisibilidad de una acción.

---

<sup>165</sup> Abramovich, Víctor-Courtis, Cristian, *op. y loc. cits.*

<sup>166</sup> Taruffo, Michele, *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa, N° 22, 1999, pp. 311-320.

<sup>167</sup> Abramovich, Víctor - Courtis, Cristian, *op. y loc. cits.*

Ciertamente, un radicalizado economicismo puede convertir los derechos sociales fundamentales en derechos de segunda categoría; pero paralelamente, es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros derechos humanos. Ello sólo se puede evitar con una adecuada justificación por parte del órgano jurisdiccional que tendrá la carga de ponderar todos los elementos en juego.

### 3.3 ¿QUÉ INFORMACIÓN CONSIDERAMOS SE DEBE TENER EN CUENTA EN ESTOS CASOS PARA QUE LA DECISIÓN TENGA RAZONABILIDAD?

Las dificultades sobre la *justiciabilidad* de los derechos sociales persisten, habida cuenta del modo subjetivista con que la cultura moderna pensó el derecho. Este modelo elaboró técnicas de garantías judiciales especialmente establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Por otra parte, las “garantías judiciales” se apoyaban en una concepción del proceso que respondía a dicha estructura cultural. Desde esa perspectiva, y particularmente en la juridicidad continental, los jueces fueron concebidos como aplicadores de leyes, desde una neutralidad e imparcialidad que suponía que el juez no incorporaba voluntad. Como lo afirma Marina Gascón Abellán, la actividad decisional del juez no podía ser otra que especular sobre la intención del legislador. Se instituyó una suerte de subordinación entre la aplicación de la ley por parte del juez y la voluntad del legislador. Ello significaba que el juez “decía” el derecho dándole “certeza” en el sentido de hacer previsible las decisiones en total coherencia con los lineamientos legislativos<sup>168</sup>. Uno de los problemas que crea la *justiciabilidad* de los derechos a acciones positivas es que el juez tendría un “campo de acción” dentro del cual podría elegir cómo cumplir con la norma.

Precisamente las decisiones jurídicas para este tipo de casos son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden no sólo problemas de determinación fáctica o estrictamente hermenéuticos (derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables y de la especificación de su significado) sino, y muy especialmente, factores contextuales de índole social, política e ideológica<sup>169</sup>. A su turno, este particularísimo contexto impide que el operador del derecho y, especialmente el juez, se escude en el modelo mecánico de razonamiento deductivo<sup>170</sup>. Como diría Luigi Ferrajoli:

<sup>168</sup> En: *Los hechos en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 30 y ss.

<sup>169</sup> García Calvo, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

<sup>170</sup> En este sentido Jason Leung sostiene: “A very important question that we need to ask is why judicial discretion is necessary. Actually, quite a number of legal philosophers have criticized the concept of judicial discretion. Dicey referred discretion as identical to arbitrariness and a hindrance to the Rule of Law. At the same time, Gibbon believed that judicial discretion is the ‘first engine of tyranny’. The opposition to the concept of judicial discretion stems from the mistrust of the

... ciertamente, el modelo ilustrado de la perfecta “correspondencia” entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley es una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico (...). Hoy aparece como sin duda inadecuado y no fiable el realismo gnoseológico vulgar que estuvo en la base de la concepción ilustrada del juez como “boca de la ley”<sup>171</sup>.

Los principales esfuerzos de la teoría del derecho se han concentrado en tratar de mostrar un razonamiento judicial acorde con las necesidades de la época y sosteniendo que la motivación no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces<sup>172</sup>.

A su turno, la razonabilidad de cada una de las soluciones posibles del conflicto se puede vincular con su fuerza de convicción, tema éste que la teoría egológica contribuyó a iluminar<sup>173</sup>. Es que en la sociedad democrática de derecho los individuos –lejos de conformarse con una apelación al criterio de autoridad– exigen razones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Como lo sostiene Aarnio en *El Estado moderno*, la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano<sup>174</sup>. En este sentido expresa Ciuro Caldani que “aunque no es concebible un consenso total respecto de la tarea de los jueces, es importante que los jueces obtengan consenso y sean constructores de él”. Esto mismo le permite sostener que la razonabilidad de las decisiones judiciales es un fenómeno cultural del cual depende la respectiva “fuerza de convicción” que en mucho se realiza cuando ellas resultan insertas en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate<sup>175</sup>.

---

judges who make their decisions not on the basis of clear rules but biases, evil and dishonest motives. Rules, on the other hand, are much more certain. However, rules can never be applied in an entirely mechanical fashion that would result in the admission of gravely prejudicial evidence (though technically speaking, it is admissible) and thus would be unfair to a party”. Concluye que: “One should aim to confine, structure and check discretionary - but not to remove it as it is neither practical nor desirable” (v. <http://www.jasonline.com/law>).

<sup>171</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 3ª ed., Madrid, Trotta, pp. 46-47.

<sup>172</sup> V. entre otros: Alexy, Robert, *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt, Surkamp, 1978, trad. castellana de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Perelman, Chaïm y Olbrecht-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. castellana de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989; ed. original, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, París, 1958; Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958; Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo, prólogo de E. García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964; etc., Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>173</sup> Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 623 y en particular *El derecho en el derecho judicial*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1959, pp. 131 y ss.

<sup>174</sup> V. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.

<sup>175</sup> Sostiene que “La razón judicial procura arraigarse, de manera ‘dialogal’, en los fines de las partes y

### 3.3.1. La complejidad de la decisión

Desde nuestra perspectiva, el razonamiento judicial en este tipo de casos no puede desconocer la complejidad del objeto a tratar<sup>176</sup>.

No son pocos los que en nuestros días denuncian a las bases del conocimiento científico de la modernidad como el “paradigma de la simplificación”, que ha permitido enormes progresos en la ciencia y la filosofía pero también se cree que ha generado consecuencias nocivas<sup>177</sup>.

En las últimas décadas los denominados sistemas complejos han ocupado un espacio central en la epistemología, dado que muchos científicos se han visto en la necesidad de adoptar cambios fundamentales de orden conceptual y metodológico<sup>178</sup>.

Edgar Morin, entre otros, propone para las ciencias sociales el paradigma de la complejidad. Pretende trascender el reduccionismo que no mira más que las partes, y el holismo que no ve más que el todo<sup>179</sup>.

En la relación entre el pensamiento complejo y la acción, Morin asimila esta última a la decisión que supone una elección. Debido a la complejidad hay que imaginar un cierto número de escenarios para la acción. En la toma de decisiones, la visión simplificada, lineal, resulta fácilmente mutilante. De allí que la conciencia de la complejidad nos exige y permite tener en cuenta elementos aleatorios: el azar, la iniciativa, la conciencia de las derivas y de las transformaciones.

Hay quienes afirman que el sentido de nuestro saber ha cambiado: se expresan posibilidades, no certidumbres.

---

de la sociedad e su conjunto. En mucho a través de sus razones le cabe al juez construir o destruir el ‘tejido social’ en que se desenvuelve.” V. *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, JA, 1998-III-602 y ss.; *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, Doxa 21-II (1998).

<sup>176</sup> Al respecto se puede ver nuestro trabajo: *Perspectivas trialistas para la caracterización de los casos difíciles*, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, (Rosario, 2003), N° 27, pp. 29 y ss.

<sup>177</sup> Se dice que ese paradigma maestro de occidente generó un pensamiento disyuntor, de reducción de lo complejo a lo simple (Morin, Edgar, en *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa 1994).

<sup>178</sup> Para Niklas Luhman, “un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que éstos pueden estar en relación recíproca sólo de forma selectiva. (v. Zona Abierta, N° 70/71, 1995, p. 18.). Hay quienes dicen que el concepto de complejidad presupone aceptar que un sistema es siempre él mismo y otro, él mismo y su propia alternativa. La complejidad surge de una multiplicidad de códigos y de diferentes tipos de lógica interactuando juntos. Ost, François - van der Kerchove, Michel, *Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory*, <http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/dhdi/textes/vdk1.pdf>.

<sup>179</sup> *Op. cit.*, p. 104.

### 3.3.2. *La complejidad jurídica*

En el marco del derecho muchos son los que se abren a esta posibilidad<sup>180</sup>. No en vano uno de los principales proyectos del Centre Interdisciplinaire de Recherches sur les Systèmes Sociaux (Francia) está destinado a investigar la implementación de la decisión compleja en materia judicial. Se sostiene en la introducción al proyecto que los paradigmas de universalidad de la ley, de unidad de la razón y de la simplicidad de la ley, se oponen no solo a la pluralidad de leyes y razones, sino también a la complejidad. La división Estado-sociedad no aparece tan nítida como antaño, sobre todo a partir de la existencia de una sociedad pluralista dentro de una nación. La certidumbre de las decisiones y su calidad de óptimas contrastan con su actual imprevisibilidad y la posibilidad de que no sean tan satisfactorias. Esto significa, también, que el proceso de decisión judicial ya no puede concebirse como algo lineal y proveniente únicamente de reglas establecidas. Frente a la necesidad de encontrar la causa de esta crisis y de encontrar los medios para remediarla de manera fiable y controlable, proponen el método de la decisión compleja.<sup>181</sup>

Luigi Ferrajoli, por caso, señala que la ciencia jurídica –para hacer verdadera la democracia, para tomar en serio los derechos fundamentales– necesita que la “razón jurídica” pueda hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto<sup>182</sup>.

Norberto Bobbio expresa que

...quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de mejor organización de la vida de los hombres asociados”.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> Es posible v. Chaumet, Mario E. *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja*, en Lexis Nexis, número especial sobre: Razonamiento judicial, (31 marzo de 2004), pp. 38 y ss.

<sup>181</sup> Con relación al daño ambiental Aída Kemelmajer de Carlucci nos dice: “Para la ciencia clásica, la causalidad es entonces un proceso lineal. A cada efecto le corresponde una única causa. En el paradigma de la complejidad, en donde todos los elementos interactúan desorganizando y reorganizando al sistema al mismo tiempo, la certidumbre de la causalidad lineal desaparece, y es reemplazada por una causalidad circular en la que tanto la causa precede al efecto, como el efecto a la causa. Es decir, retroalimentan a su misma causalidad metamorfoseándose así en causas de sí mismos.” (en *Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)*. Publicación de la Academia Nacional de Derecho).

<sup>182</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.

<sup>183</sup> Bobbio, Norberto, en *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres, 1980, pp. 35 y ss.

El mismo autor considera que cualquier propuesta jurídica debe superar los reduccionismos que llevan a eliminar o “por lo menos a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan”<sup>184</sup>.

En la entrevista que le realizara Atienza para la revista *Doxa*, Robert Alexy contesta que

... [a] la primera pregunta, esto es, a la de qué es Derecho, he dado una respuesta que es compleja, porque según ella el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo la facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trilateral de derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera<sup>185</sup>.

Desde una postura crítica, François Ost se pregunta si no es tiempo de pensar la complejidad del derecho a partir de ella misma y no como enmienda y complicación de los modelos simples. Patrocina la teoría de un derecho múltiple, destacando que multiplicidad no significa anarquía.

En este marco, participamos de los marcos teóricos que admiten, en el ámbito de la juridicidad, un objeto complejo integrado: reconociendo en su interior sus aspectos jurídico-sociológicos, jurídico-normológicos y jurídico-axiológicos y, más allá de él, de relaciones interdisciplinarias. En este sentido, importa integrar (no disolver) el derecho con la economía, la sociología, la psicología, la antropología, la biología, etc. Poco esfuerzo es necesario para reconocer que hay vinculaciones particularmente intensas de los derechos sociales (los derechos a la salud, asistencia social, trabajo, vivienda, etc) con la economía, la antropología, la sociología, la psicología y la biología...<sup>186</sup>.

Esta exigencia de múltiple aproximación al objeto se intensifica en este tipo de casos.

Estamos convencidos de que la teoría trilateral del mundo jurídico<sup>187</sup>—que pone el acento en considerar en cada fenómeno jurídico los hechos, las normas y los

<sup>184</sup> Sobre la crítica a la utilización de la voz “reduccionismo”, se puede ver GHIBOURG, RICARDO A., *Reduccionismo*, en *Dial*, <http://www.eldial.com.ar/albrema/dial/filosofi/nota.html>.

<sup>185</sup> En *Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, p. 684.

<sup>186</sup> V. Ciuro Caldani, Miguel Antel, op. cit. *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, pp. 602 y ss.

<sup>187</sup> En relación al tema pueden especialmente v. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Derecho y Política*, Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, F.I.J., 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, F.I.J., 2000.

valores en juego– responde satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que significa la referencia a la complejidad<sup>188</sup>.

### 3.3.3 *La especial complejidad en la implementación de la decisión en este tipo de casos*

El reconocimiento de la complejidad del fenómeno jurídico es especialmente relevante en la implementación judicial de estas acciones.

Se ha dicho que lo decisivo en la fundamentación de los derechos sociales es que tienen obligaciones “fácticas” positivas del Estado, lo que significa que una actividad normativa general no es absolutamente necesaria para garantizar los derechos sociales fundamentales amenazados o vulnerados<sup>189</sup>.

También se señala que para la determinación definitiva de ese derecho subjetivo a un mínimo vital cabe reconocer que los derechos sociales no pueden precisarse por adelantado<sup>190</sup>. Aun en el caso del derecho fundamental más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea serias dificultades.

Por otra parte, hemos destacado que son muchos los casos sobre derechos sociales en los que las decisiones judiciales se proyectan sobre individuos indeterminados y que los jueces deben replantear su estilo de pensamiento tradicional referido a partes individualizadas en los expedientes.

Asimismo, reiteramos que es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros derechos humanos.

Teniendo en cuenta las enormes dificultades que plantean estos casos cabe preguntarse: ¿cómo verificar cuando una argumentación es mejor que otra?<sup>191</sup> Muchos de los planteos de las denominadas teorías de la argumentación pueden fácilmente ser ubicados en este marco.

---

<sup>188</sup> Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico*, en “Revista de Ciencias Sociales”, N° 41, pp. 85 y ss. Cabe señalar que esta teoría propicia el reconocimiento de lo que denomina complejidad pura. Goldschmidt señalaba que Kelsen a través de su “teoría pura” había superado la complejidad impura de la mezcla de las dimensiones jurídicas, siendo necesario –ahora– reconocer la complejidad pero en pureza. Ello supone individualizar en el análisis de un problema jurídico cada una de sus dimensiones, sin despreciar las relaciones entre cada una de ellas. En síntesis, consideramos que el camino no es el retorno a la complejidad impura sino el desarrollo de la complejidad pura, que integre las decisiones en todas las dimensiones de la juridicidad y en sus horizontes políticos y culturales. (v. Goldschmidt, Werner, Introducción..., *op. cit.*, pp. xvii-xviii; Ciuro Caldani, Miguel Angel, *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en ED, pp. 126-884 y ss.).

<sup>189</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.* p. 335.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>191</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*, en *Jueces para la Democracia*, N° 34, 1999, p. 43.

Existen diversas propuestas acerca de los parámetros que una argumentación judicial debe observar para ser adecuada. Así como en la argumentación en general, la argumentación judicial es un campo abierto a la exploración y lleno de encrucijadas teóricas. Se formulan planteos centralizados en el producto de la argumentación, que privilegian el análisis lógico de los argumentos, referidos a la estructura interna de ellos, a la lógica formal. Otros priorizan la intencionalidad (persuadir, convencer son las metas más usuales), como proceso interpersonal de actuación centrado sobre el receptor o los receptores del discurso (vinculados con la retórica). Finalmente, las perspectivas dialécticas se preocupan por los aspectos confrontativos del discurso, como forma interactiva de proceder que se vincula al examen y la regulación de los procedimientos argumentativos<sup>192</sup>.

Sostenemos que en este tipo de casos se hace especialmente relevante que el juez asuma no solo sus elementos normativos (por lo general totalmente indeterminados) sino también la dimensión fáctica y axiológica del conflicto. Ello permite un escenario discursivo donde los argumentos de la decisión puedan ser confrontados. Desde este lugar se dice que “el debate judicial, en sociedades democráticas, tiene que aspirar a lograr la mayor inclusividad de posibilidades narrativas, incluso de aquellas que tratan de tomar una posición no prevista para una visión ortodoxa”.

Los conceptos jurídicos tradicionales –entre ellos, derecho subjetivo, proceso, juez– fueron construidos en tiempos donde no se habían desarrollado las ciencias sociales. La modernidad, en cierto modo, radicalizó el recorte de la realidad social de cada fenómeno jurídico. La sociología, la antropología, la historia, la economía, la psicología –entre otras– han contribuido a evidenciar las carencias del pensamiento jurídico formalista incapaz de superar dichos recortes. Las posibilidades de los reduccionismos infradimensionalistas que no atienden a la realidad social, las normas y los valores son limitadas especialmente en estos casos. En particular, se trasluce la reducción a moldes exclusivamente lógicos, desentendiéndose en mucho de la dinámica de la realidad social y del vuelo valorativo necesario para hacer frente a los nuevos problemas<sup>193</sup>.

Creemos que las pretensiones para que se efectivicen derechos subjetivos a un mínimo vital originan debates judiciales que requieren que se posibilite y garantice en la mayor medida posible la “intersubjetividad”, se aumente la transparencia y el control de la comunidad sobre las decisiones de los jueces. Para ello es necesario no reducir los elementos de la argumentación. No en vano

<sup>192</sup> Puede v. Chaumet, Mario E., Meroi, Andrea, A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, La Ley, bol. 18.06.2008.

<sup>193</sup> Ciuro Caldani, Miguel Angel, *La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, p. 19.



se dice que la ética judicial se juega desde la precomprensión del caso, que la sociedad sabe que no todos los argumentos por los cuales se lo decide están en su justificación y en muchos hasta hay un divorcio que le quita transparencia a la decisión.

En función de todo ello, y particularmente en este tipo de casos, consideramos que la justificación deductiva a partir de las normas jurídicas es necesaria pero insuficiente.

Y es que habiendo opciones en conflicto, es menester desarrollar argumentos a través de los cuales se puedan cotejar las razones a favor y en contra de cada opción. No estamos aquí proponiendo un criterio para determinar la corrección de las premisas escogidas ni establecer cuál es la razón que se debe elegir. Simplemente, consideramos que la reducción a una justificación deductiva limita las posibilidades de discutir la mayor plausibilidad de determinadas razones en relación con otras. Por cierto, no ignoramos que se nos puede criticar el no formular criterio alguno ni procedimiento definitivo de decisión. Ello, con ser cierto, no torna inútil nuestra propuesta; sobremanera, tan pronto se constate que muchas de estas cuestiones se resuelven mediante criterios de ponderación.

En otras palabras, la consideración de cierto *marco fáctico* en este tipo de pretensiones ofrecerá diversas alternativas de acción, algunas de las cuales satisfarán mejor que otras las *exigencias normativas* (principios y reglas) y *axiológicas* a tener en cuenta.

Consecuentemente, la decisión debe tomarse a partir de criterios de información que, a nuestro entender, deben tener en cuenta la complejidad del fenómeno jurídico.

Desde esta perspectiva, entendemos que la teoría trialista enriquece en estas cuestiones el razonamiento judicial, dándole respuestas al gran desafío que para el pensamiento actual significa esa referencia a la complejidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social. Trad. Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1995.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

AGUILÓ REGLA, Joseph, Sobre la Constitución del constitucional. Doxa, N° 24, pp. 454 y ss.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

- \_\_\_\_\_. *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt, Surkamp, 1978, trad. castellana de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). En: "Doxa", N° 3, 1986.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- BIDART, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea, A. ¿Es el derecho un juego de los jueces?, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, boletín del 18.06.2008.
- \_\_\_\_\_. Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina, en *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2001, T. IV, pp. 847 y ss.
- CHAUMET, Mario E. Perspectivas trialistas para la caracterización de los casos difíciles. "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. (Rosario, 2003), N° 27, pp. 29 y ss.
- \_\_\_\_\_. Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja, en *Lexis Nexis*, número especial sobre: Razonamiento judicial, (31 marzo de 2004), pp. 38 y ss.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, *Doxa* 21-II (1998).
- \_\_\_\_\_. *Derecho y política*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- \_\_\_\_\_. El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura. En: ED, 126-884 y ss.
- \_\_\_\_\_. *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*. Rosario: FIJ, 1982/4.
- \_\_\_\_\_. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*. Rosario: FIJ, 2000.
- \_\_\_\_\_. La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, T. 1998-III, pp. 602 y ss.
- \_\_\_\_\_. La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo. En: "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 18.

- \_\_\_\_\_. Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico. En "Revista de Ciencias Sociales", N° 41, pp. 85 y ss.
- COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial. 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- \_\_\_\_\_. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DÍAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1979.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Madrid: Planeta Agostini, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y garantías. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001.
- \_\_\_\_\_. Derecho y razón. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.
- FISHKIM, James S. Las fronteras de la obligación. En: "Doxa", N° 3, 1986.
- GARCÍA CALVO, Manuel. Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994.
- GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Buenos Aires: Ariel, 1996.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación, y Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta, en "Doxa", N° 3, 1986.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al derecho. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- GRECCO, Carlos. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1984-B, pp. 868 y ss.
- GUASTINI, Ricardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En Jueces para la Democracia, N° 34, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA), Publicación de la Academia Nacional de Derecho.
- LAPORTA, Francisco. El ámbito de la Constitución, Doxa, N° 24, pp. 482 y ss.
- \_\_\_\_\_. Algunos problemas de los deberes positivos generales, en "Doxa", N° 3, 1986.

- MANÓVIL, Ezequiel. ¿Son derechos los derechos socioeconómicos? LA LEY 12/03/2010, 1.
- MEROI, Andrea A. Procesos colectivos. Recepción y problemas. Buenos Aires, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2008.
- MORELLI, Mariano. La justicia social y su protección jurisdiccional. Consideraciones con ocasión de un caso judicial, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, edición electrónica, :[www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero7.htm](http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero7.htm). número 7, febrero del 2004.
- MORIN, Edgar. En: Introducción al pensamiento complejo. Trad. de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1994.
- NINO, Carlos S. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- OST, François - van der Kerchove, Michel. Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory, <http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/dhdi/textes/vdk1.pdf>.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHT-TYTECA, Lucie. Tratado de la argumentación. La nueva retórica (trad. castellana de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989; ed. original, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, París, 1958.
- RAWLS, John. A Theory of Justice, 10ª ed. Cambridge: Massachussets, Belknap, 1980.
- RÓDENAS CALATAYUD. Ángeles. Razonamiento judicial y reglas. México: Fontamara, 2000.
- \_\_\_\_\_. Sobre justificación de la autoridad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- SAGÜÉS, María Sofía. La acción de amparo como instrumento de control por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud, JA, número especial "Derecho Procesal Constitucional", 19.09.01, pp. 63 y ss.
- SESIN, Domingo J., Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- STILMAN, Gabriel, El derecho a la propiedad originaria como fundamento del derecho a la alimentación y de los derechos económicos básicos (a propósito del proyecto "El hambre más urgente"), edición electrónica: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota67.htm>.
- TARUFFO, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal. Doxa, N° 22, 1999, pp. 311-320.
- TOULMIN, Stephen. The Uses of Argument. Cambridge University Press, 1958.
- TRIONFETTI, Víctor. El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del *amicus curiæ*, en L. L. –suplemento de derecho constitucional– 19.09.03, pp. 7 y ss.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo, prólogo de E. García de Enterría). Taurus, Madrid, 1964.

WROBLEWSKI, Jerzi. *The Judicial Application of Law*, Boston-London, Zenon Bankowski and Neil Mac Cormick, 1992.

ZANNOTTI, Francesca. *Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un juez “boca de la ley” a un juez de los derechos*, JA, 1996-III-803.

## CAPÍTULO 4

# El neogarantismo una propuesta en el contexto del estado social de derecho

*Juan Gabriel Rojas López\**

### INTRODUCCIÓN

Cuando se vive en una sociedad como la de nuestro tiempo, aterrorizada por la amenaza de la delincuencia organizada<sup>194</sup>, el terrorismo, la guerra preventiva, la delincuencia común, o incluso, por la actuación irregular del propio Estado<sup>195</sup>, el miedo y la zozobra se convierten en herramientas de dominación y condicionamiento del pensamiento humano e impiden identificar las reales causas de los conflictos.

Los medios de comunicación publicitan a diario las noticias que alertan sobre el grave peligro que se corre en la cotidianidad, informando sobre la cantidad de crímenes cometidos y, paralelamente, sobre la ineficacia de las medidas estatales para controlar las conductas irregulares que atentan contra la sociedad.

Los atentados del 9-11 y del 11-M sirvieron de excusa para que la opinión pública en algunos países se volcara a la lucha contra el terrorismo, y el tema de la seguridad subordinara los demás aspectos de interés para la sociedad<sup>196</sup>.

---

\* Abogado, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Externado de Colombia, doctorando en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, especialista en Derecho Público con énfasis en Derecho Administrativo, docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, vinculado al Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal adscrito a la Maestría en Derecho Procesal.

<sup>194</sup> Concepto dentro del cual se incluye para los propósitos de este trabajo, a sectores de la clase política y de la burocracia que encuentran en el Estado una herramienta de enriquecimiento a través de sistemáticas prácticas corruptas e ilegales, y que representan uno de los principales riesgos para la institucionalidad y la sociedad.

<sup>195</sup> Como la que se presenta en los sonados casos de las ejecuciones extrajudiciales, torturas, interceptaciones ilegales, desapariciones forzadas y corrupción generada desde la institucionalidad en Colombia.

<sup>196</sup> REVÉIZ, Edgar. El Estado regulador de riesgos. Bogotá. Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial y Pontificia Universidad Javeriana. 2007. pp-419-420.

No son pocas las ocasiones en las que, como trofeos de guerra, son presentadas, ante los medios de comunicación, personas capturadas y señaladas de delincuentes o terroristas, que terminan tiempo después siendo liberadas por falta de pruebas o irregularidades procesales.

Programas enteros de televisión son dedicados a cuestionar o poner en evidencia lo que desde la perspectiva periodística es tildado, sin mayor análisis, de impunidad, con lo cual se crea en la sociedad la impresión, no del todo infundada, de la situación de desamparo a la que ésta se encuentra enfrentada.

En ese contexto social, poco a poco se abre camino la idea de que en la lucha contra todo tipo de criminalidad, no se debe escatimar en esfuerzos para defenderse y combatir con independencia de los medios utilizados. “El fin justifica los medios, sin importar cuán irregulares sean éstos”, es la tesis que soterradamente se impone como consecuencia de la sociedad del miedo, tanto en el ámbito nacional como en el internacional<sup>197</sup>.

En la sociedad del miedo comienzan a cuestionarse, primero, so pretexto de la seguridad, las conquistas históricas en pro de la libertad; después el cuestionamiento se extiende paulatinamente frente a los derechos del individuo, en especial sus derechos fundamentales más elementales, y lo que es peor aún, el cuestionamiento alcanza a quienes abogan por la protección de tales derechos.

La premisa fundamental que sirve de sustento a la sociedad del miedo se basa en la idea deformada de que en la relación sociedad-individuo, la primera se debe imponer ante el segundo, sin límite alguno. La sociedad del miedo es la sociedad que apela a la metáfora del Gran Hermano<sup>198</sup>, donde el Estado se convierte en un controlador de todos los aspectos de la vida.

¿Dónde quedaron los derechos fundamentales de las víctimas?

¿Acaso el victimario respetó los derechos fundamentales de la víctima?

Son las preguntas más recurrentes que se formulan a quien plantea, por ejemplo, la necesidad de garantizar los derechos fundamentales a los presuntos o reales victimarios.

¿Es el Estado el único violador de los derechos humanos en medio del conflicto interno?

---

<sup>197</sup> El caso de las cárceles de Guantánamo en Cuba y de Abu Ghraib son un patético ejemplo de la violación de los derechos humanos producto de la implementación de la lógica del todo vale en la lucha contra el terrorismo, y la idea de guerra preventiva es el vivo reflejo de la aplicación de la máxima maquiavélica.

<sup>198</sup> Personaje de la célebre obra de George Orwell titulada 1984.

Es la pregunta que se le plantea a los defensores de derechos humanos y que en ocasiones sirve de fundamento para que éstos sean percibidos por las agencias estatales de seguridad y por la derecha política como enemigos ideológicos<sup>199</sup>.

¿Cuáles son las reales causas de la criminalidad en Colombia?

Es la pregunta que no se suele formular o que cuando se formula sólo se hace para efectos académicos.

Las ideas prebencarianas y hobbesianas, hoy rejuvenecidas en medio de la sociedad del miedo, deben ser profundamente cuestionadas y enfrentadas debido a que lo que está en juego es la existencia misma del Estado constitucional de derecho y el respeto y garantía de los derechos fundamentales. Por ello, la academia tiene el compromiso ético de dar la batalla en defensa de las conquistas que a lo largo de los dos últimos siglos se han alcanzado en beneficio de la libertad y la dignidad humana.

Pero bien, abogar por la defensa de las garantías no significa desconocer la grave situación que afecta a la sociedad contemporánea y que la acorrala. Por ello la idea del garantismo debe mirarse hoy no sólo desde la perspectiva clásica liberal, sino, aunque parezca contradictorio, desde una perspectiva que contribuya a la consolidación del Estado social de derecho, con observancia de los derechos fundamentales. A esa idea de garantismo que se sale de los cánones o clásicas lecturas es a lo que se le denomina en este escrito como neogarantismo.

Esto que aquí se denomina neogarantismo tiene, como elemento nuevo, que se plantee la necesidad de lograr unos fines, pero utilizando para ello unos métodos ética y jurídicamente admisibles, a la luz del Estado constitucional contemporáneo.

El neogarantismo propuesto parte del reconocimiento del derecho que le asiste a la sociedad de pretender su legítima protección frente a las conductas jurídicamente reprochables, para lo cual debe advertirse que las medidas de control social adoptadas para tal propósito, por ejemplo, las que se materializan a través ejercicio del *ius puniendi* del Estado bajo cualquiera de sus manifestaciones, deben tener siempre como límite el respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana de quien resulte sometido al rigor del dicho poder punitivo con independencia de la conducta por la cual se es juzgado o investigado<sup>200</sup>.

<sup>199</sup> OROZCO ABAD, Iván. Soberanía Interior y Garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia. En Garantismo y Derecho Penal. Bogotá. Temis. 2006. p. 42.

<sup>200</sup> El respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana impiden por ejemplo admitir y validar pruebas obtenidas ilícitamente como por ejemplo, a través de la tortura o las interceptaciones ilegales de las telecomunicaciones, y adicionalmente se proscriben la imposición de penas aberrantes como la pena de muerte. También es reprochable el ser privado de la libertad sin la existencia de un debido proceso y la garantía del derecho de defensa.



Pero es claro que no se puede seguir con la idea de que el garantismo sólo debe ser mirado desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales de los presuntos infractores de la normativa punitiva, puesto que también las víctimas son merecedoras de las garantías que les permitan reivindicar sus derechos, y la sociedad requiere protección y necesita medidas integrales y eficaces, pero legítimas para ejercer el control social y, a su vez, para alcanzar el cumplimiento de las metas sociales del Estado, pero sobre todo, de manera adicional, y se cree fundamental para los propósitos de este escrito, la idea del neogantismo parte del entendimiento de que la gran desigualdad y marginación social que se presenta en forma más evidente en los países en vía de desarrollo como Colombia genera un fenómeno de perpetuidad de la situación conflictiva que auspicia y aumenta la criminalidad en todos los ámbitos, y da lugar así al círculo vicioso en el que las causas sociales se constituyen en la principal razón de las conductas antisociales, pero que son, a su vez, las menos “atacadas” para encarar una seria lucha contra la criminalidad.

Con todo, a través de medios ética y jurídicamente correctos, la sociedad debe enfrentar, de una parte, a la criminalidad, que no está sometida a reglas éticas ni jurídicas, pero el Estado de derecho no se puede ni debe regir por las mismas reglas de juego de las organizaciones delincuenciales, o si no ¿dónde quedaría la diferencia, entonces, entre el Estado y el crimen organizado?; pero, por otra parte, la batalla contra la criminalidad no sólo puede darse a través del ejercicio del *ius puniendi*, puesto que si no se adoptan medidas integrales que desde el punto de vista social permitan superar las reales y más recurrentes causas de la delincuencia, entre las que se destacan de nuevo la gran desigualdad y marginalidad social, siempre las medidas de control social serán incompletas y, quizá, ineficaces.

La idea de neogantismo aquí expuesta reivindica el significado del escudo nacional de la República de Colombia que contiene la expresión “libertad y orden”, la cual simbólicamente representa un perfecto equilibrio entre los derechos del individuo y los intereses sociales. Libertad y orden es una frase que podría encarnar la máxima aspiración de una sociedad contemporánea.

La libertad se relaciona no sólo con la idea de independencia nacional; también lleva implícito el significado relativo a la garantía y respeto de los derechos del individuo y en especial a sus derechos fundamentales.

El orden, por su parte, implica el presupuesto necesario para el mantenimiento de unas condiciones de convivencia y coexistencia humanas que garanticen el progreso, y que, mirado desde la perspectiva del Estado social de derecho, tiene que representar la garantía de unos estándares mínimos de calidad de vida para los ciudadanos.

La libertad y el orden, en perfecto equilibrio, representan la idea de control social a través de vías de respeto a los derechos fundamentales y de la garantía de los derechos sociales fundamentales de los miembros de la sociedad.

#### 4.1 EL GARANTISMO Y EL NEOGARANTISMO<sup>201</sup>

El garantismo representa la doctrina del reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, del establecimiento de límites al ejercicio del poder, aunque se trate del poder de las mayorías, en suma, es el vivo reflejo del Estado constitucional de derecho, es decir, representa un discurso contrario al totalitarismo, al absolutismo, a la dictadura, así ésta se encuentre disfrazada de democracia por la utilización instrumental del sufragio.

Hablar de garantismo implica sumergirse en las raíces mismas del Estado de derecho, su lógica, su razón de ser; es entender las razones por las cuales se dio la transición del modelo absolutista al modelo liberal del Estado de derecho, y de éste al modelo del Estado social de derecho. Por ello, el garantismo como doctrina, es ante todo una cuestión de Estado, ya que éste es de su esencia o, más bien, el Estado de derecho tiene como soporte central, la garantía de los derechos; si no fuera así, ¿cuál sería entonces el papel del Estado?

Sin embargo, es preciso aclarar que la expresión garantismo es utilizada para referirse a múltiples nociones tal como lo expresa Ferrajoli, para quien el término representa cuando menos tres acepciones a saber: en primer lugar, para hacer alusión a un modelo normativo, Estado de derecho y democracia; en segundo lugar, el garantismo representa una teoría del derecho, y en tercer lugar, una filosofía política<sup>202</sup>.

Pero más allá de las acepciones dadas por Ferrajoli, el garantismo puede ser abordado desde la perspectiva del derecho procesal, desde el punto de vista del derecho constitucional, desde una perspectiva social y, en general, desde la teoría de los derechos fundamentales, por cuanto si hay algo que deba ser garantizado, en especial en estos complejos tiempos, son precisamente los derechos subjetivos<sup>203</sup>, en especial, los derechos fundamentales, que fácilmente pueden verse avasallados por quienes detentan el poder con la proclividad de manejar a su amañó el sistema jurídico, bien sea interpretándolo deliberadamente según su conveniencia, o modificándolo para su beneficio en el peor de los casos.

---

<sup>201</sup> Apartes de este artículo fueron planteados por el autor en la ponencia titulada “Garantismo, cuestión de Estado y de Proceso” presentada en el marco del XXIII Foro Procesal - Universidad de Medellín -2009.

<sup>202</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta. 1989, p. 851.

<sup>203</sup> FERRAJOLI, Luigi. Garantías y Derecho Penal, en Garantismo y Derecho Penal. Trad. Marina Gascón Abellán. Bogotá. Temis, 2006. p. 3.

Pero debe entenderse aquí que la clásica idea de persona “débil” encarnada en el investigado o acusado, enfrentada ante el poder punitivo del Estado, y sobre la cual se ha construido toda la tesis del garantismo penal, por ejemplo, no es del todo aplicable o, al menos, no en todas partes, pues como lo advirtió Norberto Bobbio en el prólogo de la obra de Ferrajoli, *Derecho y razón*, el garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos<sup>204</sup>, lo cual constituye una apreciación acertada sobre el garantismo, debido a que en muchos Estados, entre los cuales se encontraría Colombia, el presupuesto básico para la aplicación de las ideas garantistas a plenitud, que está representado por unas circunstancias de estabilidad política y condiciones de pleno ejercicio de la soberanía concretada en un estado de paz generalizado, simplemente no se da, debido a la grave situación de conflicto armado interno, agudizado en los últimos lustros por la incursión del narcotráfico y en general por organizaciones criminales locales o transnacionales con un poder corruptor y de desestabilización sin precedentes, capaz de capturar incluso importantes segmentos del Estado, lo que pone en entredicho el discurso garantista clásico.

En la actualidad no son pocas las veces en las cuales quien se enfrenta al poder punitivo del Estado tiene tanto poder económico, militar y político, que hasta se atreve a retar a las instituciones mismas, llegando en oportunidades incluso a doblegar al Estado y logrando que se materialicen sus propósitos<sup>205</sup>, debido a que quienes se enjuician son integrantes de organizaciones criminales de gran peligrosidad, capacidad de intimidación<sup>206</sup> y corrupción, frente a los cuales indudablemente se tiene que actuar con medidas extraordinarias que puedan sortear una criminalidad extraordinaria, como lo constituye la criminalidad de la era de la globalización, lo cual no tiene por qué significar la utilización de instrumentos de control penal, basados en la violación de los derechos

<sup>204</sup> BOBBIO, Norberto. Prólogo *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta. 1989, p. 15.

<sup>205</sup> El emblemático caso del narcotraficante Pablo Escobar, fue un ejemplo de la capacidad de presión que puede llegar a tener el crimen organizado sobre el estamento político. La prohibición de la extradición en la Constitución de 1991, fue prueba fehaciente de ello.

<sup>206</sup> En el caso de Colombia por ejemplo, es preocupante la situación a la que se encuentran sometidos los jueces de la República. En un artículo publicado por el periódico el Colombiano de la ciudad de Medellín, expresó el magistrado Hernando Torres Corredor, presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que el escenario de diagnóstico es preocupante, ya que en los últimos tiempos, se han registrado más de 700 amenazas a jueces en todo el territorio nacional. En Antioquia van 38 denuncias, ocho de las cuales tienen asidero en Medellín. Lo anterior quiere decir, según expresó el citado funcionario, nada más, nada menos, que una tercera parte de los jueces en el departamento, están siendo extorsionados y amenazados. Torres Corredor fue claro en advertir que la seguridad de los jueces y fiscales no es un problema de ellos en sí mismos, sino del Estado de Derecho. “Tocar a los jueces, al poder judicial, es tocar los derechos de los ciudadanos”, dijo. Consultado en [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/extremen\\_medidas\\_por\\_amenazas\\_a\\_38\\_jueces/extremen\\_medidas\\_por\\_amenazas\\_a\\_38\\_jueces.asp?CodSeccion=179](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/extremen_medidas_por_amenazas_a_38_jueces/extremen_medidas_por_amenazas_a_38_jueces.asp?CodSeccion=179) el día 25 de mayo de 2010 a las 5:50pm.

fundamentales, que es lo que en la práctica ha venido ocurriendo en el ámbito internacional, puesto que la creación de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada y narcotráfico, entre otros delitos, ha venido siendo la excusa para servir de inspiración en la aplicación de la normativa punitiva en todos los ámbitos<sup>207</sup>.

En ese contexto se entiende que desde la perspectiva del garantismo, no se puede desconocer la complejidad de la sociedad actual y de los riesgos a los cuales se encuentra sometida, razón por la cual, desde el neogarantismo aquí propuesto, se debe propender, de una parte, por evitar que el Estado irrumpa contra el individuo menoscabando sus derechos de libertad, es decir, sus más elementales derechos fundamentales. Allí, el garantismo se yergue como parámetro de limitación del ejercicio del *ius puniendi*, para evitar que el derecho sancionador, bajo cualquiera de sus modalidades, sea utilizado como simple mecanismo de represión social, de retaliación y de violencia “legítima”, encaminada a aminorar al individuo, a someterlo, a eliminarlo; de la otra, por la consolidación y cumplimiento de los compromisos sociales del Estado, que implican una acción positiva tendente a la satisfacción de unas necesidades vitales mínimas, requeridas para vivir en sociedad con dignidad y que, a su vez, puedan permitir realizar un control social por los cauces de la legalidad y la legitimidad, que responda de manera eficaz ante los nuevos retos que impone la criminalidad organizada y transnacional de nuestro tiempo.

#### 4.2 GARANTISMO, ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado de derecho es mirado por algunos en una doble dimensión<sup>208</sup>: en un primer término para referirse a todos los ordenamientos con independencia de que sean autoritarios o totalitarios, en los que el poder tiene una fuente y una forma legal<sup>209</sup>; en otro sentido, para aludir a lo que corresponde evidentemente a un Estado de derecho, que es el que se caracteriza por la existencia del principio de legalidad, por la separación de funciones entre los distintos órganos del poder público, los controles recíprocos (que ningún órgano escape a control), por la garantía y primacía de los derechos fundamentales, por la independencia judicial y por la posibilidad de la participación popular en la adopción de las decisiones que afectarán al colectivo (representación popular).

En síntesis, la razón misma de ser del Estado está relacionada con la garantía los de derechos; nótese cómo desde las propias doctrinas contractualistas, su justificación está dada por la garantía de algunos de ellos, por ejemplo, la

<sup>207</sup> VARGAS OVALLE, María Alejandra. Criminalidad y Derecho Penal en la Globalización. En: Facetas Penales. N° 89. Bogotá. Leyer. 2010. p. 7.

<sup>208</sup> Ferrajoli. Derecho y Razón. *Op. Cit.* p. 856

<sup>209</sup> *Ibid.* p. 856.

seguridad (Hobbes), la propiedad privada y la libertad (Locke), derechos sociales (Rousseau) y, en general, para amparar alguna categoría de derechos.

Desde una perspectiva liberal, el Estado de derecho garantiza la no intervención del Estado en la afectación de los derechos de libertad, desde una perspectiva del Estado social, a más de ello, se propende por un actuar positivo en procura de la consecución de un bienestar social.

En suma, existe una relación necesaria entre el Estado y las garantías de los derechos, pero ello se hace más evidente cuando estamos en presencia del Estado constitucional y social de derecho.

Si los derechos fundamentales son la principal razón de ser del Estado de derecho, su papel no puede limitarse a su consagración y reconocimiento. De nada sirve si no se establecen los mecanismos para su garantía.

Ahora bien, no es lo mismo analizar el tema de la garantía de los derechos desde una perspectiva del Estado típicamente liberal, a si éstos son analizados desde una perspectiva del Estado social, toda vez que en este último caso el catálogo de derechos se amplía necesariamente por el establecimiento de obligaciones de actuar positivo.

El escenario donde suele verse con mayor claridad el reflejo de la garantía de los derechos fundamentales desde una perspectiva liberal es, sin duda alguna, el ámbito del derecho punitivo del Estado, y en ese contexto, los instrumentos diseñados constitucional o legalmente, para garantizar el amparo de los derechos de las personas son la manifestación misma del Estado de derecho.

En el Estado social de derecho, el interés social recobra un papel protagónico que no implica, sin embargo, la aminoración del valor del individuo, pero el logro del equilibrio necesario entre el interés social y los derechos individuales constituye uno de los más importantes objetivos de tal modelo de organización política.

En el Estado social de derecho se propugna por la garantía de los derechos sociales a más de los fundamentales, lo que a todas luces constituye otra de las vertientes o facetas del garantismo, ya no desde la perspectiva penal, sino, desde la perspectiva social.

Si el garantismo está relacionado con el establecimiento de garantías, ¿será entonces que el discurso garantista se agota en el ámbito del derecho punitivo del Estado?

La respuesta debe ser necesariamente negativa, debido a que el garantismo como idea y como propuesta de Estado se encuentra relacionado con la garantía de los derechos con independencia de su tipología.

Al respecto Carbonell, refiriéndose a la obra de Ferrajoli, manifiesta:

... el Estado constitucional deberá diseñar mecanismos para garantizar efectivamente los derechos sociales; en este punto se trataría de desarrollar un sistema de garantías para lo que se ha llamado el constitucionalismo de la igualdad, que sea capaz de actuar con instrumentos parecidos a los que ya funcionan para el constitucionalismo de la libertad<sup>210</sup>.

Así, pues, existe una relación directa entre el modelo de Estado y el papel y la extensión de las garantías previstas para la protección de los derechos. Es claro que en el modelo del Estado social de derecho, el garantismo no se agota en la protección de los derechos de los presuntos infractores de la norma penal o administrativa, sino que se amplía el espectro protector a los demás ámbitos de la vida social y debe entenderse que cubre a todos los integrantes de la misma, con el propósito de aspirar a lograr el cumplimiento de las metas sociales y políticas que le sirven de justificación al Estado.

Sobre este particular Chinchilla plantea:

Si el garantismo pretende ser una teoría del Estado, una teoría del gobierno, y como quiera que gobernar es mucho más que castigar a delincuentes, entonces el garantismo tendrá que dar cuenta de esas otras esferas del poder en las que no se ve tan nítidamente el pecado original del poder (el poder como algo antinatural y connaturalmente perverso); esferas en las que la presunción de maldad estatal ha cedido el paso, bajo el Estado social, a la presunción de bondad del administrador público, a quien por su acción positiva y abundante, le debemos habernos duchado esta mañana y estar aquí rodeados de magnífica luz artificial. En contraste con el postulado axial del poder mínimo (único soportable para la concepción liberal garantista) el modelo garante de Estado debe encontrar una respuesta que sea adecuada a los pedidos sociales de un poder administrador máximo que produzca directamente abundante bienestar material como prueba básica de legitimidad política<sup>211</sup>.

Todo lo anterior pone en evidencia que en el contexto del Estado social de derecho, la apuesta garantista trasciende hasta el reconocimiento y pretensión de amparo de los derechos sociales, entendidos también como derechos fundamentales.

De esta forma, la garantía de los derechos sociales fundamentales<sup>212</sup> constituye el fundamento central del Estado social de derecho, y el respeto efectivo

<sup>210</sup> CARBONELL, Miguel. La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli. En Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. p. 171.

<sup>211</sup> CHINCHILLA, Tulio Elí. Garantismo expansivo y garantismo moderado para situaciones de precariedad estatal. En Garantismo y Derecho Penal. Bogotá. Temis. 2006. p. 165.

<sup>212</sup> RODOLFO ARANGO RIVADANEIRA, plantea que los derechos sociales fundamentales son derechos generales, específicamente derechos positivos a acciones fácticas del Estado. El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá. Legis. 2005. p. 37.

y la satisfacción de las obligaciones emanadas de este tipo de derechos se encuentran relacionados, de manera íntima, con la posibilidad de prevención de los riesgos que pueden dar lugar a la trasgresión de la normativa que ameritaría la intervención punitiva del Estado.

Existe, pues, según lo antedicho, una relación directa entre el grado de satisfacción de los derechos sociales fundamentales y la posibilidad de un adecuado control social y, en efecto, se ha dicho que las políticas sociales representan, frente a muchos de los riesgos que tienen planteados las sociedades actuales, la auténtica prevención en materia de seguridad ciudadana y una de las líneas de acción más efectivas –y eficientes, en términos coste-beneficio– para el control del delito<sup>213</sup>.

### 4.3 LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO Y LA JUSTICIA SOCIAL

En la relación sociedad- individuo, en la que se aboga desde la propuesta neoguarantista por el legítimo derecho que se tiene a proteger al conglomerado social, utilizando, si es del caso, medidas excepcionales en la lucha contra cierto tipo de criminalidad excepcional, pero jurídica y éticamente admisibles y respetando la dignidad humana –no todo vale como ya se ha dicho– debe estar definido de manera clara el límite a la posibilidad de intervención estatal, pero, sobre todo, debe tenerse presente que dicha intervención del Estado no puede limitarse al ejercicio del *ius puniendi*, sino, por el contrario y de manera prioritaria, a generar las condiciones que impidan que el desequilibrio socioeconómico continúe siendo el factor determinante de las causas de la delincuencia y de muchas de las conductas antisociales reprimidas con mayor severidad, para lo cual el Estado debe ocuparse seriamente de garantizar los derechos sociales fundamentales mínimos de los ciudadanos.

Connotados autores han reconocido explícitamente la importancia de la conexión entre la justicia penal y la justicia social<sup>214</sup>, a tal punto que se ha llegado a afirmar, por ejemplo, que “mientras que a un segmento sustancial de población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso”<sup>215</sup>.

Anthony Duff, refiriéndose a esta relación entre la justicia social y la justicia penal, ha acuñado la expresión “precondiciones de la responsabilidad criminal”,

---

<sup>213</sup> CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones del Estado y del Derecho. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 17.

<sup>214</sup> Entre los que se destacan Von Hirsch, Jeffrey Murphy y Anthony Duff, tal como lo referencia Roberto Gargarella en “De la justicia penal a la justicia social en De la Injusticia penal a la justicia social”. Bogotá. Siglo del Hombre – Uniandes. 2008. p. 79.

<sup>215</sup> VON HIRSCH, Andrew. Doing Justice. New York. Hill and Wang. 1976. Citado por Roberto Gargarella. en “De la justicia penal a la justicia social en De la Injusticia penal a la justicia social”. Bogotá. Siglo del Hombre - Uniandes. 2008. p. 79.

y ha afirmado al respecto que “Cualquier explicación del castigo que pretenda darle un lugar central a la reflexión sobre la justicia de la pena que se le impone al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran íntimamente asociadas con injusticias sociales serias que ellos han sufrido”<sup>216</sup>.

Es clara y casi intuitiva, en consecuencia, la relación existente entre las condiciones sociales o, en términos de de Duff, las precondiciones sociales, y gran parte de la criminalidad, sobre todo en los países como el nuestro, y por ello desde la lectura neogarantista, las medidas estatales encaminadas a luchar contra las conductas antisociales en ejercicio del poder punitivo del Estado deben estar acompañadas de una clara y eficaz política social, que permita disminuir los desequilibrios socioeconómicos, y generar condiciones de vida con dignidad para romper el círculo vicioso de injusticia social como principal generador de la intervención punitiva.

Sin embargo, debe entenderse que el *ius puniendi* constituye un fenómeno connatural a la existencia misma del Estado y por ello vale la pena reflexionar sobre la siguiente interrogante:

¿Hasta dónde puede llegar el Estado en la búsqueda del control social?

Es claro que la respuesta a la pregunta anterior es en exceso compleja, pero se encuentra relacionada con la protección de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la vida, la integridad personal<sup>217</sup>, el debido proceso. Ese es el límite, aunque se reconoce que en medio de la complejidad del conflicto colombiano, por ejemplo, ni esos mínimos han sido de fácil realización, y constituyen el principal reto entre nosotros.

La potestad punitiva del Estado surge como respuesta institucional de control social, y tiene dos facetas, a saber: de una parte la potestad punitiva penal, de la otra, la potestad administrativa sancionadora.

Hablar sobre el derecho sancionador, por ejemplo, implica de manera necesaria referirse al ejercicio de una potestad que tiene como fundamento habilitante una construcción teórica según la cual, toda autoridad estatal, para sancionar a los ciudadanos como consecuencia de una infracción administrativa o la realización de un delito, emana de su *ius puniendi* o poder punitivo del Estado<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> DUFF, Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford. Oxford University Press. 2001. p. 197. Citado por Roberto Gargarella. En: *Mano dura contra el castigo. Igualdad y comunidad, en De la Injusticia penal a la justicia social*. Bogotá. Siglo del Hombre - Uniandes. 2008. p. 33.

<sup>217</sup> OROZCO ABAD, Iván. *Soberanía Interior y Garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia*. En *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá. Temis. 2006. p. 46.

<sup>218</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 70. En el mismo sentido: FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. *Sanciones administrativas*, Granada, Comares, 2007, p. 10. Igualmente: JAIME OSSA ARBELAEZ. *Derecho Administrativo Sancionador*, Bogotá, Legis, 1ª ed. 2000, p. 159.



Este poder punitivo puede concebirse de diversas formas según el sistema político y la especial visión que se tenga sobre él en un Estado determinado. Por ejemplo, en algunos sistemas se ha considerado que el *ius puniendi* sólo puede ser admitido en la esfera de la actividad judicial, lo que implica una dimensión única del poder punitivo del Estado bajo la óptica del derecho penal<sup>219</sup>, mientras que en otros, como es el caso colombiano, se admite sin reparos su doble dimensión, es decir, a más del ámbito penal y su aplicación por los jueces, se reconoce la esfera del derecho administrativo sancionador y su utilización por parte de la Administración Pública<sup>220</sup>.

Sin embargo, el *ius puniendo*, tal como es concebido en la actualidad, es el resultado de un proceso histórico que tiene sus orígenes en el “régimen de confusión de poderes característico del Estado absoluto, en el cual autoridades que hoy han devenido puramente administrativas ostentaban simultáneamente funciones judiciales de orden penal”<sup>221</sup>, lo cual permite aseverar que el origen histórico de esta institución se halla en una fase previa a la consolidación del Estado de derecho, en la que no se había configurado la división funcional del poder público ni, mucho menos, el establecimiento de parámetros legales que permitieran establecer garantías para quienes se vieran involucrados en asuntos de naturaleza punitiva o sancionatoria<sup>222</sup>.

En esta primera etapa del desarrollo del Estado moderno –el absolutismo– se concibe que el *ius puniendi* constituye una potestad inherente a la soberanía del Estado, y que su fundamento, tal como lo describe Hobbes, no está en el hecho de que los súbditos den al soberano el derecho de castigar, sino, en haberse despojado de los suyos (derechos) para conformar el Estado y, en consecuencia, éste usa este derecho que le es propio de la forma que le parezca adecuada para la conservación de todos aquéllos; en consecuencia, no es un derecho dado, sino, “dejado a él”<sup>223</sup>.

En el escenario descrito, el poder se hallaba concentrado en el monarca, en quien convergían todas las atribuciones propias de la soberanía y por lo cual, ante la falta de distinción y separación de funciones, detentaba el *ius puniendi*

<sup>219</sup> OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador, Bogotá, Legis, 1ª ed. 2000, p. 159.

<sup>220</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1992.

<sup>221</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Vol II. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 372.

<sup>222</sup> Lo que en 1976 fue denominado por algún sector de la doctrina española, tal como lo relata Eduardo García de Enterría, como “Derecho represivo prebeccariano”, es decir, anterior a todos los “refinamientos técnicos que el acogimiento de los principios de Beccaria ha supuesto para el Derecho Penal actual”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Vol II. 8ª ed. Madrid, Civitas, 2002, p. 167.

<sup>223</sup> HOBBS, Thomas. Leviatán. Vol I. Madrid, Sarpe, 1983, pp. 311-312.

sin mayores restricciones y de una única manera, es decir, sin discriminar el ámbito penal o administrativo en el que aquel se materializara.

Lo anterior no significó, sin embargo, que el Estado absolutista se quedara estático en su evolución y por ello, bajo la variante ilustrada basada en las ideas iluministas del siglo XVIII, dio pie para el desarrollo de la llamada ciencia de la policía<sup>224</sup>, que determinará la doctrina del gobierno y de la administración en el Estado, encaminada a la atención de asuntos de interés colectivo tales como la salubridad pública, el orden moral, religioso y el orden público<sup>225</sup>, dando paso, así, a un primer bosquejo de distinción funcional, previo a la consolidación del Estado de derecho propiamente dicho, y estableciendo, por primera vez, la dualidad en el ejercicio del *ius puniendi*. En medio del absolutismo y como reacción en su contra, Locke esboza que el cuerpo político sólo puede ser el resultado del consentimiento de los hombres, que siendo libres, iguales e independientes, convienen en unirse en sociedad para su conservación y seguridad mutua<sup>226</sup>, de lo cual se desprende que el Estado deriva su potestad punitiva, no de que se le “hubiese dejado el derecho de castigar”, sino de la decisión consciente y voluntaria de los hombres de habilitarlo para que, de acuerdo con las leyes, se castigue a quienes las infrinjan.

Al respecto plantea:

Mas aunque todo hombre que ha entrado a formar parte de cualquier sociedad civil y se ha convertido en miembro de un Estado ha renunciado a su poder de castigar las ofensas contra la ley de la naturaleza según le dicte su juicio personal, ocurre que, junto con la entrega de ese poder de juzgar que él ha cedido a la legislatura en todos aquellos casos en los que le fue posible recurrir a un magistrado, también ha dado al Estado el derecho de emplear su propia fuerza personal para que se pongan en ejecución los juicios de dicho Estado. Y estos juicios formulados por el Estado son, ciertamente, juicios suyos tanto si son hechos por él mismo como si los formula su representante. Y ahí tenemos el origen del poder legislativo y ejecutivo de la sociedad civil, poder que consiste en juzgar, mediante las leyes, hasta qué punto deben castigarse las ofensas cuando son cometidas dentro del Estado<sup>227</sup>.

En Rousseau puede leerse que el poder punitivo radica en el pacto social que tiene por finalidad la conservación de los contratantes, y en el reconocimiento que se le hace al Estado de la facultad que tiene para sancionar a quienes trans-

<sup>224</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El concepto del Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 139.

<sup>225</sup> Ibid, p. 140.

<sup>226</sup> CHEVALLIER, Jean Jacques. Las Grandes Obras Políticas. Bogotá, Temis, 1997, p. 87.

<sup>227</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Madrid. Alianza Editorial, 2006, pp. 103-104.

greden el contrato social<sup>228</sup>, puesto que todos, según este autor, han de enajenar totalmente sus derechos a favor de toda la comunidad<sup>229</sup>, bajo la dirección de la voluntad general, y ésta, adoptando la forma de cuerpo político, soberano o Estado<sup>230</sup>, determinará los “dones”<sup>231</sup> o los derechos que cada individuo habrá de tener, así como las consecuencias derivadas de las transgresiones al derecho social y a las cuales se harán acreedores.

Beccaria plantea que el soberano basa su derecho a castigar los delitos en la necesidad de “defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones”<sup>232</sup>, y que la facultad para la determinación de las penas de los delitos “debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social”<sup>233</sup>.

No obstante las diferencias presentadas entre las apreciaciones de los importantes autores antes citados, existe un punto de encuentro que representa la característica fundamental del *ius puniendi*, cual es el hecho de que la potestad punitiva del Estado, de una u otra forma, deriva de la autorización o del acuerdo de los miembros de la sociedad, que siendo conscientes de la necesidad de establecer mecanismos para garantizar su convivencia y coexistencia, aceptan y reconocen tal facultad como consecuencia lógica de la organización política, y como fundamento para el mantenimiento de un orden social.

Todo lo anterior implica que el Estado sea el depositario y titular de la potestad sancionadora, con independencia de la forma en que éste la adquiera o como se organice internamente, lo que ha conducido a que en la actualidad se acepte mayoritariamente que la potestad sancionadora del Estado es una sola, pero que en algunos Estados se admite en una doble dimensión, esto es, la potestad sancionadora penal y la potestad sancionadora administrativa.

De otro lado, si se parte de la base de que el *ius puniendi* es inherente a la existencia misma del Estado, comoquiera que el poder punitivo ante todo es una forma del poder del Estado, y que ese poder es en sí mismo uno de los elementos fundamentales de éste, el poder punitivo del Estado o *ius puniendi* resulta ser en el interior del Estado, una de las formas de concreción del poder público.

Precisamente con fundamento en lo anterior, puede plantearse que el poder punitivo del Estado se verá reflejado en la función constituyente, la función legislativa, la función administrativa, la función jurisdiccional, la función de

---

<sup>228</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato Social. Madrid, Aguilar, 1973, pp. 36-37.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>232</sup> BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona, Altaya, 1994, p. 28.

<sup>233</sup> *Ibid.*, pp. 29,30.

control y, en general, en todas o casi todas las funciones públicas, que de una u otra manera participan en la concreción del poder público.

Esa apreciación esbozada conduce de manera inevitable a entender que el *ius puniendi* del Estado en el contexto del Estado de derecho es normativo, por cuanto, sin excepción, las funciones públicas se hallan sometidas al imperio de la ley, y su forma de realización, en consecuencia, se lleva a cabo por los cauces del derecho, lo que arroja, como resultado en el específico caso del poder punitivo del Estado, que todas las actuaciones que tengan por objeto su ejercicio deban estar representadas en disposiciones jurídicas, bien sea, abstractas de facultad, o concretas de aplicación, pero en todo caso será el derecho el lenguaje natural de tal potestad<sup>234</sup>.

Sobre este particular la Corte Constitucional expresó: “Ahora bien, cualquiera sea la ubicación de un órgano u organismo dentro de la estructura general del Estado, es lo cierto que la competencia sancionadora que a él se atribuya ha de tener fundamento en la ley como expresión de la voluntad democrática de los asociados”<sup>235</sup>.

Como corolario de todo lo anterior, puede decirse que el *ius puniendi* o poder punitivo del Estado es la facultad de la que éste se encuentra investido para determinar qué conductas contrarían o perturban el orden social, y para establecer e imponer las consecuencias sancionatorias, penales o administrativas, derivadas de su trasgresión.

El ejercicio de tal facultad se ve reflejado en prácticamente todas las funciones públicas, de lo que deriva que el *ius puniendi* no sea una función pública, sino una potestad del poder público y, por ende, del Estado mismo, que se concreta a través de las diversas funciones públicas<sup>236</sup>.

Esa mirada sobre las bases teóricas del *ius puniendi* del Estado debe, de todas maneras, ser considerada, pero teniendo en cuenta la complejidad de la problemática socioeconómica de los países en vía de desarrollo, para así garantizar una comprensión sistémica que permita, a su vez, la adopción de medidas

<sup>234</sup> Sobre este particular bien vale la pena citar a Kelsen, quien plantea que el poder del Estado tiene que ser un poder jurídico. HANS KELSEN. Teoría General del Estado. 1ª ed. México. Coyoacán, 2004, p. 125.

<sup>235</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001.

<sup>236</sup> Para ampliar esta idea se pone como ejemplo el hecho que a través de la función constituyente se haya previsto en la Constitución Política, de manera tácita o expresa tal facultad, lo cual implica la participación de tal función pública en la concreción fundamental del *Ius puniendi*, la función legislativa hace lo propio al establecer el marco normativo en el que se prevén las conductas consideradas perturbadoras del orden social, los procedimientos y las consecuencias de la transgresión normativa. La función jurisdiccional por ejemplo,

y políticas que enfrenten, de una parte, las profundas desigualdades sociales, y de la otra, la criminalidad.

A través de un ejemplo bastante interesante, Roberto Gargarella explica cómo en la sociedad, a pesar de tener conciencia en algunas ocasiones de la causa de la criminalidad, la reacción generalizada tiende a inclinarse por la solución exclusiva de la utilización de la potestad punitiva del Estado y no de las medidas integrales que bien podrían ser más eficaces en la búsqueda del control social.

Para ello narra cómo en Argentina, durante los peores días de la crisis económica del 2001, que vino acompañada de fuertes aumentos en la inseguridad pública, los encuestadores preguntaban a la gente: ¿Cuál cree que es la causa de esta creciente inseguridad? Y la respuesta era, casi unánimemente: “la pobreza creciente”. Luego la segunda pregunta les inquiría: ¿Y cuál cree que es la solución al problema? Y la respuesta no era la obvia, la que ellos mismos no habían reconocido: terminar con la pobreza creciente, sino: “Mano dura”<sup>237</sup>.

#### 4.4 DE LAS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL DERECHO SANCIONADOR

Cualquier manifestación del poder punitivo del Estado debe estar precedida de una serie de garantías jurídicas de raigambre constitucional y legal, sin las cuales la prevalencia y respeto de los derechos fundamentales del ciudadano quedaría en entredicho.

La básica regla garantista está conformada por lo que puede denominarse como el macro principio del debido proceso, consagrado, en el caso colombiano en el artículo 29 de la carta política y que se aplica por igual a las actuaciones judiciales o administrativas.

El debido proceso tiene como propósito fundamental el respeto de los derechos fundamentales de quien se vea sometido a cualquier tipo de actuación pública, y su rigor debe ser mayor si se está en presencia de una actuación sancionadora como ocurre en el campo penal o administrativo sancionador.

El debido proceso engloba una serie de principios esenciales para la defensa de los ciudadanos ante el poder del Estado, y entre ellos se destacan el principio de legalidad, que lleva implícito, a su vez, el de reserva de ley de las sanciones penales o administrativas, la tipicidad de las conductas objeto de reproche penal o administrativo, la presunción de inocencia, la existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo fundamentado en la culpabilidad, la prohibición de la doble sanción administrativa o penal con fundamento en unos mismos hechos, la exigencia argumentación y motivación en las decisiones, entre otros postula-

---

<sup>237</sup> GARGARELLA, Roberto. De la injusticia penal a la justicia social. Bogotá. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes. 2008. p. 262.

dos que aparecen como garantías procesales a los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en asuntos punitivos.

Pero de manera paralela a las garantías procesales (que no solo se agotan en la aplicación del debido proceso a los procedimientos judiciales o administrativos sancionatorios sino que abarcan también todo tipo de actuaciones de esta naturaleza), aparecen otras herramientas garantistas como por ejemplo el llamado principio de proporcionalidad.

Este principio de origen doctrinal alemán se configura como una garantía de los ciudadanos frente a toda actuación de la Administración Pública que entrañe una restricción al ejercicio de los derechos<sup>238</sup>.

Sin embargo, debe reconocerse que el principio de proporcionalidad no sólo es aplicable frente a la actividad de la Administración Pública, por cuanto cumple también la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes<sup>239</sup>, y también como elemento orientador en la labor hermenéutica llevada a cabo por los jueces cuando de determinar el alcance de los derechos fundamentales se trata.

En el campo del derecho sancionador, este principio exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de la una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye<sup>240</sup>.

La aplicación de este principio básico, junto con el debido proceso y los elementos que de él hacen parte, constituye el eje central de las garantías inherentes al derecho sancionador, que no puede concebirse como un derecho represivo utilizado para amedrentar a la sociedad, sino, por el contrario, un instrumento de realización del bienestar general.

El derecho sancionador, visto de esta manera, se presenta como un derecho libertario y controlador del ejercicio del poder punitivo del Estado, más encaminado a evitar su arbitrariedad, que diseñado para reprimir, pero que igualmente pretende cumplir un doble papel: de una parte, garantía del ciudadano frente al Estado, de la otra, garantía de la sociedad frente al ciudadano. Todo lo cual implica que el discurso del garantismo es, de hecho, plenamente compatible y

<sup>238</sup> Pérez Martínez, Diego. El principio de proporcionalidad. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra. Ministerio de Justicia – Thomson Aranzadi. 2005. p 245.

<sup>239</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005. p. 77.

<sup>240</sup> *Ibid.* p. 77.

fundamental para el adecuado papel que esta faceta del derecho está llamada a desempeñar en el marco del Estado social de derecho.

Por todo lo dicho, el derecho sancionador y el garantismo constituyen un binomio inseparable en el contexto de un Estado que debe estar fundado en la protección de los derechos fundamentales y, a su vez, en la realización de las aspiraciones sociales del Estado; de lo contrario, de no entender que la lucha contra la criminalidad debe estar encaminada también a prevenir las causas sociales del delito, la herramienta punitiva sólo será concebida como un instrumento de represión y de mantenimiento de un *statu quo*, quizá, injusto.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO RIVADANEIRA, Rodolfo. El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2005.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona: Altaya, 1994.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOBBIO, Norberto. Prólogo Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1989.

CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones del Estado y del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CARBONELL, Miguel. La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli. En: Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CHEVALLIER, Jean Jacques. Las grandes obras políticas. Bogotá: Temis, 1997.

CHINCHILLA, Tulio Elí. Garantismo expansivo y garantismo moderado para situaciones de precariedad estatal. En: Garantismo y derecho penal. Bogotá: Temis, 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-506 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001.

DUFF, Anthony. Punishment, Communication and Community. Oxford: Oxford University Press, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. En: Garantismo y derecho penal. Trad. Marina Gascón Abellán. Bogotá: Temis, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo. Vol II. 8ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Sanciones administrativas, Granada: Comares, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. De la justicia penal a la justicia social. En: De la injusticia penal a la justicia social. Bogotá: Siglo del Hombre – Uniandes, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho administrativo sancionador. Parte general. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2008.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Vol I. Madrid: Sarpe, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. 1ª ed. México: Coyoacán, 2004.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- OROZCO ABAD, Iván. Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia. En: *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis, 2006.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Legis, 2000.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Diego. El principio de proporcionalidad. En: *Manual de derecho administrativo Sancionador*. Navarra: Ministerio de Justicia - Thomson Aranzadi, 2005.
- REVÉIZ, Edgar. *El Estado regulador de riesgos*. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Aguilar, 1973.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Vol II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.
- VARGAS OVALLE, María Alejandra. *Criminalidad y derecho penal en la globalización*. En *Facetas Penales*. No 89. Bogotá: Leyer. 2010.
- VON HIRSCH, Andrew. *Doing Justice*. New York: Hill and Wang. 1976.





CAPÍTULO 5

## El garantismo en el ejercicio de la función judicial

*Socorro Vásquez Posada\**

### INTRODUCCIÓN

El tema de la crisis de la Administración de Justicia frente al garantismo, implica una mirada a la función judicial desde el Estado social de derecho. Se impone la reflexión, dada el profundo nexo entre la garantía constitucional consagrada en el ejercicio judicial a favor del ciudadano y el caos social generado por el deficiente ejercicio jurisdiccional, con el consecuente desgaste y deslegitimación de la función estatal. En el Estado social de derecho, el eje del órgano jurisdiccional es la figura del juez y su ejercicio legal. La reflexión que determina la respuesta a un problema, y la crisis de la justicia lo es, debe orientarse hacia los puntos centrales del mismo, como punto de partida para cualquier análisis. Por tanto, si hemos de avanzar en la respuesta a las causas y posibles alternativas en torno al debate, es preciso mirar los supuestos del ejercicio jurisdiccional bajo la teoría constitucional garantista, que permitan elaborar una confrontación de la teoría con la práctica, a partir de lo cual surgirán las conclusiones sobre el deber actuar, en bien del adecuado funcionamiento del órgano jurisdiccional, de la organización estatal y del ciudadano.

### 5.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Colombia se estructura en su Constitución política como un Estado social de derecho. Esta forma de organización política se presenta como un avance del

---

\* Abogada y especializada en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante, España. Estudios en Derechos Humanos con Naciones Unidas y Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica. Ha sido funcionaria judicial en los cargos de juez civil municipal, civil del circuito, magistrada Tribunal Contencioso Administrativo. Docente universitaria en las áreas de Argumentación Jurídica y Hermenéutica Jurídica. Autora de la obra *El argumento judicial*<sup>1</sup> - Señal Editora-Medellín, y de varios artículos en las áreas de Derechos Humanos, Filosofía del derecho, Derecho Constitucional, en las revistas Berbiquí, Atenea.

Estado liberal. Aquí, el norte político jurídico ya no es solo el respeto a un ordenamiento vigente como lo presenta el Estado de derecho, sino que ahora se impone la adecuación de los actos estatales en pos de cumplir la labor esencial de la estructura estatatal, derivada de la nueva concepción filosófico-jurídica de ella, esto es, la realización de los derechos fundamentales y sociales del hombre, como condición básica para lograr no solo su supervivencia en el grupo social, sino su plena realización como ser humano. En otras palabras, en el Estado social de derecho, todos los poderes estatales operan en función de la garantía del logro y disfrute de los derechos fundamentales y sociales de los miembros del grupo social, desde el respeto al ordenamiento jurídico en general.

Para cumplir estas metas estatales, es preciso contar con la GARANTÍA que el mismo sistema les debe dar a sus ciudadanos para acceder a la defensa de sus derechos. Si en ello falla y si el ejecutivo no ejerce la dirección política, encaminada a lograr la satisfacción de aquéllos, entra a operar el órgano de cierre generado por el sistema jurídico, a fin de garantizar que el ideal del Estado social de derecho realmente opere: la rama jurisdiccional del poder público. Esta función, básica en el Estado constitucional de derecho, comporta el que los jueces controlan todo el ejercicio del poder público, e impone respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales de todos los habitantes del Estado. Este actuar es el legitimante de la función ante la ciudadanía, como bien lo resalta el jurista español Antonio Manuel Peña Eire:

... sólo mediante las decisiones concretas del poder judicial que incrementen los niveles de garantía podrá verse legitimado el ejercicio de la jurisdicción.. en un sentido dinámico, la actuación del poder judicial solo será legítima mientras esté ordenada a la realización de las funciones que le vienen atribuidas en los textos constitucionales y en el contexto del Estado constitucional de derecho...<sup>241</sup>.

La función judicial se encamina, en su ejercicio, a la definición de los conflictos sociales a la luz del ordenamiento jurídico, y a velar por la corrección de los desvíos del poder de los demás órganos del Estado y aún de ellos mismos. Está llamada también a la tutela de los derechos ciudadanos para hacer efectivos, en cada uno de ellos, los derechos que les son asignados. Aquí se percibe claramente la diferencia esencial entre Estado social de derecho y Estado liberal de derecho, en lo cual, el profesor Rodolfo Arango<sup>242</sup> expone que, el primero es un medio de realización de todos los derechos humanos:

---

<sup>241</sup> PEÑA Eire, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Edt. Trotta. Madrid. 1997. Ps. 239; 262

<sup>242</sup> ARANGO Rodolfo. Derecho, Constitucionalismo y Democracia. Edt. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho. Bogotá. 2004. Ps. 66- 67.

... En contraste con el Estado de derecho, que caracteriza a la sociedad liberal burguesa y a la defensa exclusiva de los derechos civiles y políticos, el Estado social de derecho se esfuerza adicionalmente en la realización de los derechos sociales fundamentales, entre ellos la alimentación, el techo, la educación, la salud, el trabajo y la seguridad social... La realización de los derechos sociales fundamentales es, entonces, el criterio por excelencia para evaluar la verdadera existencia de un Estado Social de derecho..

En este marco jurídico constitucional, ejercen su labor los jueces. Este es el límite de su ejercicio y, por tanto, en su normativa debe buscarse el fundamento de cada una de sus actuaciones y de las exigencias que el mismo Estado le impone a la jurisdicción.

## 5.2 LA FIGURA DEL JUEZ

El juez, su figura en el grupo social, ha sido objeto de grandes y profundas reflexiones, tanto sobre cómo debe ser la persona que asuma el rol, como de la forma en que deba ejercerlo. Desde la antigua Grecia se buscaba depositar la labor de juzgar en aquellos ciudadanos del común, que tuvieran un concepto de justicia acorde con los parámetros dados en la sociedad, entre los cuales destaca la definición aristotélica dada en la *Ética a Nicómaco*, en el libro V<sup>243</sup>:

“Pues bien, hay común acuerdo en llamar justicia a la disposición que hace capaces a los hombres de practicar lo que es justo, obrar justamente y querer lo justo...”

En las reflexiones sobre las exigencias impuestas a quienes deberán juzgar a sus congéneres, éstas se han movido entre quienes estiman adecuado depositar la función en manos de aquellos hombres que han mostrado un alto grado de ecuanimidad, bondad y respeto por los derechos de los demás, sin más exigencias, y entre quienes consideran que el cargo de juez solo puede ser ejercido por aquellos ciudadanos que ostentan un mayor nivel de sabiduría, ecuanimidad y, además, una preparación académica integral, con vinculación al Estado como agentes directos suyos. Hobbes, citado por Ferrajoli<sup>244</sup>, señala en su obra *El Leviatán*, las condiciones que debe reunir quien asume la labor de administrar justicia:

... 1) Un recto entendimiento de esa principal ley de la naturaleza humana llamada equidad, que depende no de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad de la propia razón natural de un hombre y de su capacidad de reflexión...; 2) Un desprecio por riquezas y honores innecesarios; 3) La

<sup>243</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Edt. Mestas, 2001. p. 113.

<sup>244</sup> FERRAJOLI Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 1995. p. 576.

capacidad, a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, indignación, odio, amor y compasión 4) Paciencia para escuchar; diligente atención a lo que oye y memoria para retener, digerir y aplicar lo que se ha oído.

Trasladadas estas condiciones a la época actual, hemos de concluir que no están lejanas de las exigencias que el Estado social de derecho demanda hoy a quien desempeña la labor judicial. En aras de los principios democráticos de la jurisdicción, enmarcada en los lineamientos constitucionales, ha de exigirse, además de una personalidad ecuánime, imparcial, ética en todos sus actos, una sólida preparación académica interdisciplinaria, renovada por el estudio constante. Todo ello debe permitirle al juez alcanzar un adecuado entendimiento de la litis, ubicado en el contexto social, a fin de solucionarla.

La vertiente realista del derecho plantea una formación integral en quien aspire a la judicatura. El realismo asume al juez como un hombre común, revestido de un cargo público y en cuyo ejercicio, como cualquier congénere, está sometido a presiones, injerencias, influencias que de una u otra manera, pueden afectar la toma de la decisión. Uno de los planteamientos del realismo jurídico norteamericano ha sido el ahondar en la preparación profunda de quien aspire a ejercer el cargo de juez, con una estructura psicológica muy sólida, a tal punto, que Jerome Frank, el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos plantea respecto de la formación judicial, que se debe "... Suministrar y exigir una educación especial para los futuros jueces de primera instancia, incluyendo en ella una intensa autoexploración psicológica por cada candidato a esa función..."<sup>245</sup>.

Si bien no es preciso llegar a los extremos del realismo, aunque esta estructura psicológica sería una fortuna en cada juez, sí al menos debe imponerse en quien funge como tal una personalidad sólida, mesurada, con una formación académica integral y constante estudio, crítico frente al manejo del poder al cual controla y frente al propio ejercicio de su función. Ferrajoli<sup>246</sup> precisa que el juez que demanda el Estado garantista debe ser: "... un juez imparcial, independiente, sustraído de cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen..."

Ahora, desde el ejercicio de la función judicial y dadas las exigencias del cargo, se asume que la labor del juez tiene un alto contenido técnico, por el respeto a las reglas procesales, tendentes a la práctica y valoración probatoria y con relación a la forma como debe sustentarse la sentencia. Ya no basta el simple conocimiento del derecho positivo; superada la exposición retórica que

---

<sup>245</sup> FRANK Jerome. *Derecho e Incertidumbre*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Méjico, 2001.

<sup>246</sup> FERRAJOLI Luigi. *El derecho como sistema de garantías*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la Democracia*. Madrid. Amoretti. No. 16-17. 1992. p. 66.

acompañaba las primeras etapas de la práctica judicial, la teoría de la argumentación establece unas reglas que garantizan un adecuado discurso jurídico, a tiempo que las actuales tendencias hermenéuticas imponen ubicar la decisión en el contexto social del debate, como elemento fundamental para legitimar la función y la providencia,

La vinculación de la labor judicial al medio social en el cual se ejerce trae consigo una mayor exigencia de control democrático a aquélla, reflejado en la publicidad de sus actos y del sometimiento de ellos a los principios del debido proceso, controlables mediante la necesaria argumentación de las decisiones. La entronización de los juicios orales, en aquellos sistemas hasta ahora apegados al sistema escrito, es prueba clara de la importancia creciente de la publicidad de toda actuación judicial y de la posibilidad del ciudadano común de conocer de primera mano la actuación del órgano jurisdiccional del poder público, en una concepción democrática del ejercicio jurisdiccional.

En Colombia, indudablemente, la reforma constitucional del 91 cambió la imagen del juez, tanto frente a sí mismo, como frente al ciudadano. Frente a sí, el juez se vio llamado a un conocimiento constante, profundo y crítico de la Constitución, de su aplicación y desenvolvimiento en el ordenamiento colombiano. Ello se dio porque el nuevo orden constitucional radicó en cada juez del país la competencia para dirimir las acciones de tutela, encaminadas a la defensa de la carta política. Ello conlleva a un acercamiento constante con el grupo social, con la realidad de cada caso. La figura del juez tiene un valor fundamental en el proceso de construcción del Estado social de derecho, desde la concepción garantista de su función. Las exigencias en torno a su condición personal y condiciones de ejercicio del cargo serán las mismas en cualquier ordenamiento, sin que pueda concluirse que cambia la esencia del cargo según el sistema procesal donde se desenvuelva. Sin embargo, debe admitirse que la figura del juez resalta e impone mayor reflexión acerca de la esencia de su función en el juicio oral. En éste, a diferencia del escrito, se muestra más armónico el papel de la judicatura con el ejercicio democrático de ella: se ejerce la función del juez de cara al pueblo, alejado de juicios ocultos, de funcionarios sin rostro conocido, con decisiones arbitrarias; se impone un juez muy profesionalizado, independiente, imparcial, consciente del impacto de sus decisiones y, por tanto, cuidadoso de la argumentación que las legitime ante las partes, la comunidad jurídica y la comunidad en general, en lo cual debe mostrar el respeto por los derechos ciudadanos.

### 5.3 EL EJERCICIO GARANTISTA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Para el presente trabajo, se asume el concepto de **garantismo** a partir del planteamiento de Luigi Ferrajoli<sup>247</sup>, quien lo entiende como una teoría filosófica,

<sup>247</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 5ª edición Madrid: Editorial Trotta. 2001. p. 854.

concebida inicialmente para el campo penal, pero aplicable para todo el ordenamiento jurídico. Se le mira como un modelo normativo del derecho, de estricta legalidad, donde se presenta un sistema de vínculos jurídicos que se dan como una carga al Estado, en protección de los derechos fundamentales<sup>248</sup> ciudadanos; de ahí que el garantismo conlleva un control total al ejercicio del poder. En la protección ciudadana ha de distinguirse, al momento de aplicar el derecho, la diferencia entre normas válidas y normas vigentes, a fin de lograr la satisfacción de aquellos derechos que le son esenciales al hombre y los cuales no siempre resultan protegidos con algunas normas vigentes en el ordenamiento, por estar alejadas en su contenido de los principios y valores asegurados en el Estado social de derecho. Los planteamientos garantistas son válidos para todos los campos del derecho e irradian los propios ordenamientos constitucionales; constituyen imposiciones hermenéuticas a la judicatura al momento de darle vida al derecho. Ferrajoli señala la necesidad de aplicar esos principios constitucionales en toda interpretación del derecho ordinario, pues<sup>249</sup> "... también en el derecho positivo las actuales constituciones rígidas han introducido una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las normas legales está condicionada por la coherencia de sus significados o contenidos con los principios constitucional...".

Ahora, la constitucionalización del derecho es un lugar común en el Estado moderno; es una corriente filosófico-política que arrastra consigo una mayor exigencia al juez, en torno a la labor hermenéutica, donde no basta la simple lectura exegética de la norma, pues ello conduce muchísimas veces, más de las que estaría dispuesto a admitir cualquier jurista, a decisiones legales pero totalmente injustas frente a la realidad social y frente a un Estado social de derecho. Aquí debemos recordar el planteamiento de Gustavo Zagrebelsky<sup>250</sup> cuando señala que en la actividad judicial, en torno a la interpretación normativa, debe darse una vinculación necesaria entre el caso y la norma, a fin de lograr la finalidad del derecho: "Cabe decir en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no solo es el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso...". Plantea el mismo autor, que si el juez se limita

---

<sup>248</sup> Asumo como propia la definición de derechos fundamentales planteada por Ferrajoli en su obra "GARANTISMO", referenciada mas adelante y en la cual, en su p. 45 los define, como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".

<sup>249</sup> FERRAJOLI Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Edit. Trotta, 2006. p. 16.

<sup>250</sup> ZAGREBELSKY Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Edt. Trotta, 1997. p. 132.

en su hermenéutica a la simple aplicación normativa, sin tener en cuenta los elementos fácticos que rodean el caso, "... la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser. Quien así procediera adoptaría lo que se ha definido como el "método del no-saber sobre el propio hacer" ...".

En un Estado garantista de los derechos ciudadanos, es indebido el ejercicio judicial con una hermenéutica basada solo en la exégesis. Es grave esta postura especialmente en países como el nuestro, donde la labor legislativa está tan ajena al sentir social, tan deslegitimada socialmente y donde es escasa la reflexión sobre el impacto social derivado de una aplicación estricta de la ley, entendida como producto de la labor legislativa. Cuando ello se presenta, la sociedad demanda de sus jueces una actuación garantista, una aplicación de esa norma desde la óptica del Estado social de derecho en la cual debe prevalecer el respeto a los derechos fundamentales del hombre. La asunción de la función desde esta órbita es la que ha dado un alto protagonismo al juez, el cual, como órgano de cierre, está obligado, que no llamado, a darle vida al derecho mediante el respeto al ordenamiento constitucional en el cual ejerce su labor.

Cuando se define el litigio desde la realidad del conflicto, la hermenéutica asume otra dimensión, toda vez que la solución estará enfocada no solo al respeto del ordenamiento, sino también, a lograr la satisfacción material, emanada de la conformidad del fallo, con los principios y valores asegurados. Esta obligación constitucional la expone muy claramente el profesor Peña Freire<sup>251</sup>:

La jurisdicción como mecanismo para la solución de los conflictos concretos conforme a derecho y como conexión con éste con los conflictos y casos sociales permite que el sistema jurídico esté abierto a los intereses sociales afectados. En la facultad de llevar el derecho, y no simplemente la norma, al caso concreto se encuentra una de las notas mas singulares del poder judicial que permite al juez difundir la constitución por todo el ordenamiento y por el entorno social conflictivo a partir de los casos que se le plantean. El poder judicial queda difuminado social y jurídicamente... la apertura constitucional del sistema jurídico a su entorno social postula la existencia de una sede jurídica difuminada en lo social, abierta al conflicto y con potestad para decir el derecho (y no la norma)...

La base de la legitimación estatal radica no solo en respetar el ordenamiento y las condiciones de vida allí soportadas, sino que también debe tender a mejorarlas, como bien lo consagra, entre sus pilares, el Estado social de derecho. Allí se imponen unos controles normativos a la organización estatal, en bien de la

<sup>251</sup> PEÑA Freire Antonio Manuel. La garantía en el estado constitucional de derecho. Madrid: Edit. Trotta, 1997. p. 246.



tutela efectiva de los derechos ciudadanos. En este orden de ideas, a la judicatura le compete ejercer el control formal y el sustancial respecto de toda actuación estatal en el ordenamiento jurídico, desde la estructura funcional del mismo, con lo cual surge su legitimación en el Estado. Esta se estructura en torno a dos supuestos, acordes con los mismos que rigen el ejercicio de todos los poderes en el Estado: a) El cumplimiento de su función en el marco del ordenamiento jurídico donde ejerce su labor, lo cual denota la legitimación formal. b) La efectiva protección y garantía de los derechos fundamentales y sociales ciudadanos, reflejo de la legitimación material. Ambas legitimaciones se soportan y confrontan en la argumentación jurídica de las decisiones.

Ambas legitimaciones se contienen en el ejercicio judicial como órgano de cierre. Al ejercerlo, el juez asume dos controles frente a todo acto de poder y gobierno: a) El control formal, donde analiza el actuar oficial con el ordenamiento y mira el seguimiento a las exigencias de forma para la producción del acto; su conformidad define la legitimación formal ante el Estado social de derecho, lo cual no es más que la aplicación directa del principio de legalidad. b) Ejerce también un control sustancial en el cual confronta si la actuación oficial garantiza el disfrute de los derechos fundamentales, cuyo acatamiento por el Estado genera la legitimación sustancial del sistema jurídico. En esta doble legitimación se estructura la esencia filosófica de un Estado garantista. Este actuar supone una responsabilidad crucial de la judicatura en la legitimación de la organización estatal, frente a sus ciudadanos. Demanda clara conciencia del papel que juega como órgano garante del respeto a los principios imperantes y de cuya garantía responde en su función, a la par que debe velar por mejorar las condiciones para su ejercicio.

Es puntual la precisión garantista de Ferrajoli según la cual, "... mientras el Estado de derecho liberal debe no solo **no empeorar** las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de derecho social debe también **mejorarlas...**"<sup>252</sup>. De ahí que las sociedades organizadas en un Estado social de derecho garantista reclaman como juez al funcionario independiente, profundamente estudioso, ubicado en la realidad social que juzga, con un criterio autónomo e independiente, libre de todo tipo de presión; con decisiones caracterizadas por estar sólidamente fundamentadas, en procura de lograr su legitimación. Bien vale la pena citar lo dicho por el jurista Rodolfo Arango, el cual sabiamente concluye que<sup>253</sup> "Un juez diligente, estudioso y sabio es una fortuna para los posibles destinatarios de sus fallos, como es una desgracia el juez congelado en el tiempo respecto de conocimientos y capacidades".

---

<sup>252</sup> FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Ed. Trotta, 2001. p. 862.

<sup>253</sup> ARANGO Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Edt. Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 264.

### 5.3.1. *Restricciones al ejercicio judicial*

Ahora bien, en el ejercicio de sus deberes, el juez está sometido a una serie de obstáculos que el mismo poder genera, y que debe estar dispuesto a afrontar, en pos de la garantía que determina su función. Estos frenos o restricciones indudablemente existen y generan un peligro para el correcto desempeño judicial en bien de los derechos ciudadanos. En una concepción garantista de la función judicial, es crucial la identificación de ellos a fin afrontarlos y resolver con base solo en el ordenamiento y en la hermenéutica realizada por el funcionario, en el marco constitucional.

La escuela crítica del derecho, en la voz del jurista Duncan Kennedy<sup>254</sup>, precisa frente al tema que los jueces en su función se mueven entre la libertad para crear derecho y la restricción para resolver los conflictos generada, a veces, por la existencia de un ordenamiento que conduce sus decisiones, no siempre hacia la meta pretendida en la sentencia. Esta tensión demanda en el juez una estructura sólida, que le permita resolverla mediante el mejor actuar desde su propia estructura jurídica, creando el derecho para resolver conforme la respuesta que él estima adecuada, o, si no puede resistir esa restricción al no estar preparado para ello, debe emitir la decisión amparado en la norma que la cobije y cuyo contenido él no comparta, con el riesgo de deslegitimar su función.

De otro lado, existe otro tipo de restricciones ajenas al ordenamiento, que inciden en cierta forma en la decisión judicial: criterios jurídicos del superior, críticas sociales generadas como respuesta a su postura jurídica, factores generados en el proceso de ascenso en su carrera judicial, la cual podría verse amenazada por asumir un criterio contrario a la mayoría. Estos elementos se suman a las presiones directas que pueden surgir de fuerzas ajenas a la judicatura, como serían los grupos ilegales, encargados de frenar la decisión por amenazas directas en contra del juez. En nuestro país, sometido a un conflicto interno, los componentes socio-políticos del mismo, sus partícipes, indudablemente se constituyen en un elemento perturbador del espíritu del juez, con tremendo impacto en el resultado de su gestión. Es imposible ignorar la incidencia de la contienda armada en zonas en las cuales el juez debe dictar sentencias en medio del fragor del combate. En suma, la judicatura no puede ignorar la existencia de estos elementos perturbadores, porque, de no saberse manejar desde la estructura propia del funcionario, generan un peligro para la garantía ciudadana de acceder a un juicio justo e imparcial. Estos elementos externos impiden una sentencia

<sup>254</sup> KENNEDY Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 1999. p. 82. “Los jueces experimentan a menudo las sensaciones de estar atados por el derecho en los casos que enfrentan. La experiencia de restricción es motivada no solo por los materiales jurídicos, sino también por factores extrajurídicos. Así, por ejemplo, el juez puede sentirse atado por el resultado que la comunidad jurídica o la opinión pública espera del caso...”.

originada solo en el criterio del juez, y argumentada en razones soportadas en el ordenamiento jurídico.

Aparte de estas restricciones, en la sociedad se presentan ciertas situaciones que si bien no se miran como elementos de perturbación del ejercicio, sí son factores que, de no ser atendidos, deslegitiman la jurisdicción y al Estado. Estas se presentan como unos hechos que aparentemente no están en la esfera de la intervención del Estado, por mostrarse propios de la vida privada de las personas, y donde muchas veces se dan profundas violaciones de los derechos humanos, ajenos (supuestamente) a cualquier injerencia del Estado. Ferrajoli<sup>255</sup> analiza estas situaciones en el grupo social y demanda su protección en pos de la garantía constitucional al decir: “El progreso de la democracia tiene lugar... no solo mediante la expansión de los derechos fundamentales y de su garantía sino también través de la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, con el fin de que también allí sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas...”. Como ejemplo de éstas situaciones, cita ciertos grupos familiares en los cuales la admitida autoridad paternal genera un desconocimiento de los derechos de los hijos sometidos a ella, lo cual debe llevar a la jurisdicción en su ejercicio garantista, a velar por esos derechos, en un actuar legitimado por el propio ordenamiento.

En nuestro país, estas situaciones generadoras de la vulneración de los más claros derechos fundamentales hacen parte, por desgracia, de una rutina y presencia en muchos campos de la vida ciudadana, no solo en las familias; piénsese no más en ciertos medios laborales en los cuales, en las escalas jerárquicas medias, se generan abusos tales del poder por parte de jefes de oficina, que si bien no se enmarcan en actos violatorios de las normas laborales por su aparente seguimiento a normas disciplinarias, realmente entrañan un total desconocimiento de los más preciados derechos fundamentales como el de la dignidad, la intimidación, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, por solo citar algunos. El temor de las víctimas y de la sociedad de pedir protección ante una vulneración de sus derechos, basado ese miedo en el erróneo concepto de que solo pueden resistir y defenderse mediante razones morales o éticas, obliga al Estado garantista a fortalecer la protección desde el mismo ordenamiento y a no dejar solo al ciudadano ante el abuso de sus derechos; en un Estado social de derecho, no puede haber espacios vedados para el rescate de los derechos ciudadanos. Es ahí, en esas situaciones, donde el juez constitucional con su ejercicio garantista, debe entrar a decidir si prevalece la legitimidad formal o la material, frente a la respuesta en derecho. Es preciso asumir todo el ordenamiento

---

<sup>255</sup> FERRAJOLI LUIGI. *Garantismo y Filosofía del Derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 115.

jurídico, con una visión amplia de su contenido. Solo en ese actuar es posible concluir la legitimación formal y material pretendida.

### **5.3.2. *La independencia judicial como supuesto de la garantía***

El cumplimiento de la función judicial, así entendida, es imposible de realizar si el funcionario carece de un presupuesto esencial en su labor: la independencia en su actuar. El no sometimiento del juez a otra autoridad o poder en el ejercicio se impone como una exigencia democrática, como una imposición filosófico-constitucional, que permite construir en cada acto jurisdiccional una democracia sólida; no pueden estar sometidos, cuando administren justicia, sino a la ley, entendida en un sentido amplio; no puede ser un buen juez el funcionario incapaz de resistir los elementos de restricción o perturbación a su función.

Fortalecer la independencia judicial no solo desde la consagración constitucional sino desde la colaboración armónica y respetuosa de los poderes es un presupuesto de la legitimidad del Estado ante el grupo social, en virtud de la consagración del juez como órgano de cierre. De ahí que la lucha por la independencia judicial sea el eje central del control jurídico asumido por los jueces. En el juez, más que en cualquier otro funcionario del Estado, el ejercicio independiente de su función es fundamental. No puede controlar eficientemente quien no está con independencia en la fiscalización debida a su cargo, movido dentro del marco legal para ello. En el estado actual de crisis de la rama jurisdiccional cobra vital importancia mirar con cuidado la afectación de este claro principio del ejercicio judicial. Un Estado democrático y garantista repele el que sus jueces tomen decisiones que no broten de su entendimiento y aplicación del ordenamiento jurídico, sino que se encaminen a atender o soportar una indebida intromisión en su función juzgadora. Admitir esto como parte de la rutina judicial equivale a negar la existencia misma de la función desde su esencia.

### **5.3.3. *El proceso de globalización y las reformas procesales frente a la garantía ciudadana***

Como se ha dicho, la función del juez ha de desarrollarse en un contexto social; conocerlo, ubicarse en la sociedad es fundamental para garantizar una decisión enmarcada en el concepto de justicia material, aquella basada no solo en el ordenamiento, en la realidad procesal, en el respeto a los principios, valores y derechos fundamentales, y en la realidad social. Esa realidad no es más que la ubicación en el contexto político y social donde se ejerce la función. De ahí que esta reflexión sobre el ejercicio de la función judicial con un contenido garantista no puede obviar el análisis de la Administración de Justicia en medio de un mundo globalizado en sus economías. Este es un aspecto crucial en el momento actual que, si no es objeto de atención, será un elemento más que contribuirá a

ahondar la crisis de la judicatura, motivada en una falta de legitimación, pues se corre el riesgo de encontrarse con decisiones judiciales alejadas de una realidad social que sobrepasa con creces un derecho creado en un momento histórico muy distinto al mundo globalizado de hoy en día, denominado por los teóricos del nuevo concepto económico, como “La aldea global”.

La globalización es un proceso económico caracterizado por la tendencia política mundial de incorporar a todos los países del orbe en una economía única, con el control de ella en manos de los grandes conglomerados financieros, situados en los países con mayor poder económico. Desde allí se gestan hoy en día las grandes reformas estatales, incluidas las relacionadas con la Administración de Justicia. En la implementación de las nuevas economías, esos centros de poder plantean esquemas en la judicatura para lograr mano fuerte en la protección de los manejos financieros, a través de reformas legales orientadas por ellos mismos, para asegurarse de que las nuevas lecturas hermenéuticas, los procedimientos, las nuevas orientaciones sobre el deber ser de la función judicial estén acordes con las nuevas políticas del Estado inmerso en la globalización.

Es difícil generar un control efectivo y garantista al proceso de globalización en un contexto mundial, desde los grandes centros de poder y de control del sistema financiero del orbe. Estos aplican su dinámica para acceder al manejo de Estados con economías débiles, y frágiles sistemas jurídicos, que les permiten adelantar sus políticas expansivas, a las cuales les queda muy difícil resistir el dominio en sus economías y organización política. Ante esto, será a la judicatura en cada Estado, como órgano de control del poder, quien deberá velar, a través de sus decisiones, por que en el proceso interno se respeten los derechos fundamentales sociales en el grupo social, como sería la conducta a asumir por la judicatura colombiana, frente al resultado de los tratados de libre comercio a los cuales se vincula el Estado colombiano y que luego debe desarrollar en su orden interno para aplicarlos entre sus nacionales.

La teoría del derecho, la filosofía jurídica y las ciencias sociales están llamadas a desarrollar esquemas teóricos para afrontar el proceso y avance imparable, ya, de la globalización de la economía, la cual tomó al derecho como parte del engranaje. Ello se viene dando mediante la implementación de sistemas procesales comunes, con legislaciones cada vez más uniformes, en pos de facilitar el desarrollo del mercado mundial. A la judicatura le compete conocer ese proceso y las teorías que lo acompañan, a fin de ubicar sus decisiones en la nueva realidad social, si está empeñada en la protección ciudadana frente a los desmanes de los nuevos centros de poder. Ahí se precisan de decisiones más pragmáticas y menos teóricas, dada la vinculación de los derechos más caros para el ciudadano común a los nuevos procesos mercantiles y sociales.

Ahora bien, en este análisis no se puede ignorar que la judicatura se encuentra sometida en los países con economías más débiles a actuales procesos de reforma procesal, sin que sus estamentos, en muchos casos, sean conscientes de que ello obedece, no a un ánimo de prestar un mejor servicio de justicia al más débil, sino de proteger la economía del más fuerte. La protección garantista al más débil desde la judicatura no implica la asunción de su tarea con desconocimiento del principio de imparcialidad e igualdad ante la ley, que debe ser un eje de su función. No. Se demanda extender la garantía a todas las esferas del derecho, cuidando de permitir el derecho de acceso a la justicia a quien así lo precise, sin preferencias lesivas del derecho fundamental. En este orden de ideas, habrá de analizarse, si sustraer del conocimiento de los jueces aquellos pleitos de bajas cuantías, generalmente en cabeza de quienes tienen menor poder económico y baja escala social, para pasarlos a una amigable composición por fuera de los estrados, o pasarlos a los jueces de paz o en el peor de los casos, a los notarios, implica la negación del Estado garantista.

No es aceptable que solo puedan ser llevados ante el juez los procesos de cuantías altas, de amplia trascendencia política, de impacto económico y social. El derecho ciudadano a una justicia formal que garantice la protección de los derechos es igual para todos los habitantes del Estado. Esta es la base del rechazo a la depuración de pleitos, con miras a las reformas judiciales que pretenden desjudicializarlos, so pretexto de mermar la congestión judicial. Este último componente de la crisis institucional merece una reflexión de la judicatura. La tardía resolución de los conflictos genera un profundo impacto en el ciudadano y en su juicio frente a la Administración de Justicia. Bajo una concepción garantista de la función, la obligación de emitir decisiones oportunas, de cumplir los términos procesales no debe ser objeto de solución desde los demás órganos de poder, sino que ello debe emanar desde la propia judicatura en su función de órgano de cierre. A ella le compete asegurar una Administración de Justicia imparcial, eficaz, oportuna y acorde con el ordenamiento jurídico, en el cual, el derecho fundamental al debido proceso comprende el obtener prontas soluciones a los litigios judiciales. Al no cumplir con esta carga constitucional, la solución se impone a través de presiones al órgano judicial, bien de tipo disciplinario, bien a través de reformas procesales.

Si se analizan en detalle las recientes reformas a la jurisdicción en el plano latinoamericano, se encuentra que todas ellas apuntan a dos fines esenciales: **Agilizar los procesos judiciales mediante la instauración del proceso oral.** Esta es una reforma bastante buena desde el concepto democrático de la función judicial, por las razones señaladas atrás. Sin embargo, ese criterio lamentablemente no ha sido el motivador de los cambios procesales, sino la obtención de decisiones jurídicas prontas que motiven la inversión extranjera, tal como lo

exigen las grandes entidades financieras. De otro lado, se pretende generar la imposición del precedente vinculante en las decisiones judiciales, reforma que comporta un cambio de suma importancia para asegurar el respeto al principio de seguridad jurídica y lo cual debiera ser el origen de la reforma, pero no lo es, desafortunadamente. Se pretende unificar el criterio judicial, a fin de acoger reclamos de los grandes centros de poder, afectados con el atraso judicial. Se busca con esas reformas atraer a los grandes inversionistas extranjeros que invertirán aquí sus capitales, al no sentirse amenazados por la posibilidad de enfrentarse en su devenir contractual a largos y tortuosos procesos judiciales, con decisiones inciertas en cuanto a criterios jurídicos. Ello los impulsaría a alejarse hacia otros mercados con más predecibilidad en sus decisiones jurídicas o al menos con más posibilidades de manejo por la fragilidad del sistema jurídico y económico. Por tanto, es preciso asegurarles tranquilidad jurídica desde la judicatura.

Estos procesos de reforma ameritan una conciencia crítica en los jueces al realizar la hermenéutica debida, reflejada en la argumentación de sus decisiones, donde se controle por la judicatura la invasión de los derechos ciudadanos, por aquellas manifestaciones de poder lesivas del ordenamiento constitucional. Fluye de ello la necesidad de una formación judicial, que habilite al cuerpo de jueces para estar atentos a controlar esos poderes, denominados como salvajes en la teoría de Ferrajoli<sup>256</sup> y los cuales, en términos generales para este trabajo, (obviando por razones de espacio, la distinción detallada que de ellos hace el filósofo italiano) pueden sintetizarse como aquellas fuerzas derivadas de los grandes centros de poder, que impiden la acción defensiva de los más desvalidos y que arrasan con los derechos ciudadanos, mediante maniobras con tintes legales, mas no legitimadas en los principios del Estado social de derecho. Los grandes centros de poder, los grandes conglomerados financieros representan un serio peligro en los Estados sociales de derecho. Para ello, el conocimiento de las nuevas realidades económicas se impone tanto como el su buen manejo jurídico por el órgano de cierre.

El ejercicio garantista de la función jurisdiccional exige de ella ser parte activa en los procesos de reforma a su estructura y operatividad. El juez pasivo en el grupo social ya no responde a las exigencias del Estado social de derecho. Las crecientes demandas de justicia reclaman que esas reformas permitan lograr la satisfacción de las necesidades sociales, mediante el análisis y consideración en ellas de la realidad en la cual han de ejercer su función los jueces. Cuando se reforma el aparato judicial mirando solo el eficientismo en los resultados, y no se considera para nada si esa reforma garantiza realmente el disfrute de los derechos fundamentales, la deslegitimación del Estado y de su aparato judicial

---

<sup>256</sup> FERRAJOLI LUIGI. EL Garantismo y la Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 122.

fluye en forma inmediata. Sin invadir el principio de separación de poderes, el poder judicial ha de participar de esas reformas, mediante discusiones y aportes desde su experiencia, que aporten a una reforma garante de los derechos ciudadanos. El órgano jurisdiccional debe estar atento frente a aquellas tendencias que apuntan a desjudicializar los conflictos menores, generalmente centrados en quienes tienen un menor poder económico y a quienes por ende, al sustraer sus conflictos del conocimiento de los jueces, les afecta en muchos casos, su derecho de acceso a la Administración de Justicia, garantizada para los grandes conflictos, generadores de alta expectativa ciudadana. El ciudadano común no acepta ni entiende su exclusión del acceso a un derecho que le es fundamental, bajo el pretexto de agilizar el sistema judicial; ello ahonda el proceso de deslegitimación de los órganos de poder, incluido el jurisdiccional, ausente de la reforma, por no asumir su papel de garante.

Con relación a los procesos de reforma a la Administración de Justicia en América Latina, es pertinente citar la reflexión hecha por los profesores Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García<sup>257</sup>, quienes sostienen que éstas han fracasado por el hecho de que: "... parten de una visión meramente instrumentalista del Estado de derecho. Mientras las reformas no superen esta visión gerencial de la justicia y no adopten una perspectiva amplia, que incluya aspectos sociales como la demanda de justicia y el contexto político, están destinadas al fracaso...". A renglón seguido, aducen que "...las reformas exitosas son aquellas que incrementan la independencia judicial y, por lo tanto, modifican el contexto político en el que operan- y promueven el acceso efectivo y equitativo a la justicia- y, con ello, atienden las necesidades del contexto social de ésta..."

#### 5.3.4. *El protagonismo judicial*

Es claro que este actuar garantista en la judicatura debe llevar a los funcionarios a ser parte activa en los procesos de cambio social, sin salirse del ejercicio del cargo. Ello conduce a mirar un aspecto crucial en la realidad actual: el llamado protagonismo del juez en el grupo social. Mucho se habla hoy en todos los ordenamientos jurídicos del creciente impacto de la figura del juez en la vida de la comunidad y su acercamiento constante a la vida política en la sociedad. Se discute sobre la conveniencia de que la judicatura ocupe un papel tan relevante en los foros académicos y en los medios de prensa y si el fuerte control que ejerce en torno a los actores políticos entraña una politización en el funcionario. Frente a ello, se encuentra que este creciente aumento de la figura del juez en el grupo social obedece, en gran parte, a la asignación de su papel como garante del ordenamiento, al impulso de las acciones constitucionales instauradas, en

<sup>257</sup> UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Grupo editorial Norma. 2006. p. 28.



procura de la defensa de los derechos fundamentales. Al aumentarse la acción garantista del juez en materia de derechos fundamentales y sociales en el nuevo orden constitucional, al asignársele control sobre unos derechos que antes no estaban en la órbita de sus competencias, el impacto de la función judicial se siente profundamente en la organización estatal.

En Colombia, la garantía dada por la jurisprudencia constitucional a ciertos derechos sociales, antes abandonados a la voluntad del poder estatal, ha generado un amplio protagonismo judicial, emanado de la satisfacción ciudadana, de encontrar en sus jueces, la protección de unos derechos que hasta ahora les eran negados. El cúmulo de decisiones judiciales encaminadas a favorecer el disfrute de unos derechos vulnerados consuetudinariamente hasta el surgimiento del nuevo orden constitucional ha generado el rechazo del poder político a lo que se llama despectivamente como “el gobierno de los jueces”; para controlarlo, algunos sectores proponen reformas judiciales en las cuales se pretende desmontar la protección judicial a ciertos derechos de contenido social y económico, y eliminar, así, la intervención judicial en aspectos que estiman privativos de la iniciativa política.

El protagonismo judicial sano debe darse, no desde su inmersión en las discusiones políticas, en ruedas de prensa anunciando el sentido de sus fallos, en enfrentamientos entre las ramas del poder, o en cualquiera otra actuación que riña con la esencia del cargo, sino **exclusivamente por su función de garante de los derechos sociales**, por la defensa fuerte de los derechos fundamentales en cada una de sus decisiones, fuertemente soportadas en argumentos que convezan de las razones que motivaron la solución asumida por el funcionario. La forma como asuman su cargo, la hermenéutica que apliquen, en procura de lograr una solución no solo formal sino también material al asunto, deben ser los elementos determinantes de ese protagonismo.

En efecto, una concepción garantista de la función judicial ha de tener en cuenta la distinción entre la *vigencia* y *validez* de una norma. Por lo primero, debe confrontarse el que se encuentre inserta en el ordenamiento jurídico, sin que se haya removido ella por derogatoria o declaración de inexistencia constitucional. El segundo concepto alude a cómo es la coherencia del precepto normativo positivo, con los principios y valores aceptados y vigentes en el Estado, a su respeto a los derechos fundamentales y derechos sociales que deben serle garantizados a todo habitante del Estado. En un ejercicio armónico con esta profunda distinción, la labor hermenéutica de la judicatura deberá centrarse en armonizar esos valores, principios y derechos fundamentales, con la legislación ordinaria, con un ordenamiento constitucionalizado. Este es el protagonismo esperado de la judicatura, no otro. Ahora, la conciencia estatal del claro protagonismo judicial, surgido de las acciones constitucionales asignadas a su conocimiento, distingui-

das por la exigencia de ser resueltas en forma ágil, en breve término, ha llevado a un mayor acercamiento de los jueces con los centros de poder político. Esto es bueno para la Administración de Justicia en su fortalecimiento institucional, pero solo en la medida en que los jueces asuman conciencia de su papel constitucional, que los proteja de presiones políticas, perturbadoras de su función. De lo contrario, existe el riesgo de quedar sometido a los factores de perturbación interna y externa, que desvían su función.

### 5.3.5. *La argumentación de las decisiones judiciales*

Un elemento puntual en el proceso de adjudicación judicial es el atinente a la debida argumentación de las decisiones judiciales, carga constitucional que el Estado garantista impone al juez, en protección del derecho fundamental al debido proceso; su omisión arrastra la deslegitimación de la función y del funcionario en el medio social. El órgano jurisdiccional del poder público no se legitima ante el ciudadano porque cumpla o no con un programa de gobierno, o porque cumpla o no con una promesa electoral. Ello no es posible, debido a que por esencia los jueces no son elegidos por voto popular, con algunas excepciones en ciertos países y para algunos cargos jurisdiccionales. Así las cosas, el juez solo se legitima por la forma como ejerza su función, soportada en el ordenamiento, en los principios y valores vigentes y en la protección ciudadana ante los desmanes de poder y la vulneración de los derechos fundamentales y sociales. El control sobre éste deber ser en el ejercicio de la función, y solo es posible hacerlo a través del análisis de la argumentación de las providencias del funcionario.

El conocimiento del discurso judicial permite ejercer el control a la actividad judicial en lo cual es preciso establecer si el fallo respetó el ordenamiento, los valores y principios. De ahí que la argumentación jurídica se constituya como un elemento central de legitimación de la función judicial y de cada juez en particular, en un Estado social de derecho. Esto determina lo imperativo que es para la rama jurisdiccional velar porque la calidad de sus argumentaciones sea óptima, en procura no solo de legitimar su ejercicio, sino también, de garantizar que el ciudadano acceda a la debida Administración de Justicia que impone el ordenamiento jurídico, con una visión garantista de sus derechos; esta debe ser una constante lucha no solo desde la academia, sino desde el propio órgano judicial. Ese control se impone en beneficio del grupo social. Ejercerlo compete no solo a sus propios integrantes sino también a sus destinatarios, a la academia, llamada a construir Estado con sus aportes teóricos. En el texto arriba citado, los profesores Uprimny, Rodríguez y García p. 28, plantean que:

... El balance entre la protección judicial eficaz de los derechos, por un lado, y la limitación del poder de los jueces por el otro, requiere una teoría del derecho y de la interpretación judicial que defienda la autonomía de los jueces,

y a la vez promueva la adopción de criterios de decisión transparentes y razonables, fundados firmemente en la argumentación jurídica...

## CONCLUSIÓN

Si desde el mismo aparato judicial se fortalece la legitimación de la función judicial mediante un ejercicio plenamente garantista de los derechos ciudadanos, con una plena conciencia de su papel como órgano de cierre del sistema, la solución a la crisis por la que atraviesa la Administración de Justicia estará más cercana. Ello generará solidez en la función, perceptible directamente por el ciudadano, el cual sentirá más cercana la figura del juez en la defensa de sus derechos; ahí tendremos una judicatura con acompañamiento ciudadano, ajena a la situación actual, donde la apatía social frente a los jueces generada por el descontento en los resultados de su gestión, ha llevado a una total indiferencia, al punto de encontrarse la judicatura ante el silencio cómplice del grupo social frente a los ataques de palabra y de hecho en contra de sus jueces.

Cuando en razón de su cargo, un juez es amenazado o asesinado en un grupo social y éste no se resiente por el hecho, habrá qué preguntarse dónde está fallando el sistema de garantías que debe brindar la judicatura a la sociedad. Al comienzo de este trabajo, comencé citando palabras de Aristóteles, en las cuales éste dice que acudir al juez es hacerlo ante la justicia, porque el juez la encarna. La tendencia natural de todo hombre es buscar justicia frente a sus derechos y frente a los demás. Si al ciudadano no le importa la lesión de su juez natural, será porque éste ya no representa la justicia en sus actos funcionales o ¿será porque no se tiene conciencia de cuál es el órgano garante de sus derechos en el grupo social y que por tanto, debe ser objeto de protección ciudadana? La respuesta a esta pregunta está en manos de la academia y de la propia judicatura; de su contenido pueden resultar propuestas para una solución a la crisis institucional.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, 2004.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Mestas, 2001.

FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón. 5ª edición Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. Garantismo y filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, 2000.

- \_\_\_\_\_. El derecho como sistema de garantías, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la Democracia*. Madrid. Amoretti. No. 16-17. 1992.
- FRANK, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- MALEM, Jorge, OROZCO Jesús, VÁSQUEZ Rodolfo. (Compiladores). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- PEÑA, Antonio M. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- SOUZA, María de Lourdes. *El uso alternativo del derecho*. Universidad Nacional de Colombia. Colección Teoría y Justicia. Bogotá: ILSA. Unibiblos, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César, GARCIA, Mauricio. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.



## CAPÍTULO 6

# Las garantías de libertad del imputado

*Daniel R. Pastor\**

### INTRODUCCIÓN

La libertad del imputado está expuesta en el proceso penal, pero no solamente ante la eventualidad de una condenación firme que le prive de ella. Ya durante el proceso su libertad puede ser suspendida provisionalmente a título cautelar. Por ello, lo que se juega en el proceso penal en la relación entre prisión preventiva y libertad es el Estado constitucional de derecho mismo. Así pues, resulta necesario tratar una vez más este antiguo problema de las reflexiones jurídico-penales especialmente a la luz de los últimos desarrollos de la literatura especializada y de la jurisprudencia. Naturalmente, en la consideración de las dificultades del tema y en las propuestas de solución que son efectuadas habré de presentar mis posiciones al respecto sin poder evitar ciertas repeticiones de criterios evidentes y, como se verá de las citas, ya publicados anteriormente. Punto de partida de esas perspectivas propias y compartidas es la consideración de la libertad como principal derecho fundamental del imputado a ser tutelado efectivamente en el proceso, en razón tanto de su importancia como de la posibilidad de que se vea afectado de un modo irreparable. Por tanto, la ponencia pretende establecer pautas que garanticen –y sólo en caso de estricta necesidad y bajo condiciones rigurosas– la menor injerencia posible en la libertad del imputado.

---

\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires y doctor en Derecho Penal. Es catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becario de investigación postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto para las Ciencias Conjuntas del Derecho Penal de la Universidad de Múnich en 2004/2005. Autor de varios textos en los temas de la duración razonable del proceso y prescripción penal, derecho penal internacional, presupuestos procesales, derecho penal de los derechos humanos, prisión preventiva, culpabilidad, recurso de casación, codificación penal y garantías judiciales del imputado, entre otros. Cotraductor del *Derecho procesal penal*, de Claus Roxin, y autor de traducciones de artículos de juristas alemanes.

## 6.1 EL DILEMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO PROBLEMA CENTRAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL

### 6.1.1. *La cuestión*

Según la presentación habitual de este dilema se trata aquí de optar entre unas funciones más amplias de la privación de la libertad sin juicio (eficacia material) y unas más limitadas y respetuosas del derecho a la libertad del acusado (garantía procesal)<sup>258</sup>.

En la prisión preventiva, como ya se adelantó, se juega el Estado de derecho<sup>259</sup>. Es un hecho que la privación de la libertad procesal pone en cuestión todos los principios de protección de la persona acusada, pues el imputado detenido queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación jurídica debería ser la contraria. Por lo demás, la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso<sup>260</sup>. O, si se quiere, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de “semi-penalización” que se manifiestan en angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etc.<sup>261</sup>. La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso coloca al enjuiciado en la llamada “situación de doble incertidumbre”: no sabe *cómo* terminará su proceso y tampoco sabe *cuándo*. Para algunos la cárcel sin juicio es una contradicción en los términos<sup>262</sup>.

Esto lleva, por lo demás, a otras disfunciones en el sistema que, como lo ha señalado Zaffaroni hace muchos años, hacen que la prisión preventiva sea la sanción real de nuestros sistemas penales<sup>263</sup>. Mientras que una visión sana del proceso nos muestra que la detención del acusado sólo se produce en caso de condenación firme, la visión de un proceso con prisión preventiva nos ofrece como resultado patológico una inversión, como se ha dicho, de su normal reco-

<sup>258</sup> Hassemer, *Los presupuestos de la prisión preventiva*, trad. de Ziffer, en Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy*, Buenos Aires, 1995, pp. 105 y ss.

<sup>259</sup> Respecto de estos problemas centrales de la prisión preventiva sigo las consideraciones ya expuestas antes en Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en id., *Tensiones*, Buenos Aires, 2004, pp. 182 y ss.; ib., *La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones*, en Llobet Rodríguez (coord.), *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José, 2007, pp. 455 y ss.; ib., *Las funciones de la prisión preventiva*, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2006-I*, Santa Fe (Argentina), pp. 109 y ss.

<sup>260</sup> Vid. ib., p. 183; Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. de Andrés Ibáñez et al., Madrid, 1995, pp. 731 y ss.

<sup>261</sup> Vid. Kohlmann, “Überlange Strafverfahren” - bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden?, en AA.VV., *Festschrift für Gerd Pfeiffer*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 205.

<sup>262</sup> Ferrajoli, cit. n.a 3, p. 559.

<sup>263</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989, p. 32.

rrido: la detención se produce al comenzar el proceso<sup>264</sup>. Así, no son pocos los casos en los que la inversión del principio es tan severa que una condenación tiene por efecto, en realidad, la liberación del acusado (supuestos en los cuales el imputado estaba bajo prisión preventiva durante el proceso y resulta condenado a una pena que por su tipo o extensión implique que él deba volver a vivir en libertad)<sup>265</sup>.

Ello convierte a la prisión preventiva en el problema central del derecho procesal penal, dado que estamos frente a un cuerpo que aparentemente resulta “extraño” para un sistema que no permite la aplicación de penas sin sentencia (principio de inocencia)<sup>266</sup>. Resolver esta tensión entre la necesidad de un juicio obligatoriamente previo a la condenación y el encarcelamiento preventivo es el punto de partida necesario para una comprensión eficaz de todos los demás problemas implicados en torno del encarcelamiento cautelar.

### 6.1.2. *Las posiciones extremas*

Respecto de este dilema se han desplegado dos posiciones radicales opuestas: por un lado, de la mano de las concepciones más autoritarias del sistema penal, se predicó la abolición de la presunción de inocencia condenándosela como vicio del razonamiento y perversión de la realidad de las cosas. Tal fue la doctrina de los criminólogos positivistas y de los juristas del fascismo y del nacional-socialismo<sup>267</sup>. Por supuesto, tal posición resolvía de modo tajante aquello que para nosotros sigue siendo todavía un problema. En el otro extremo encontramos la noción abolicionista de la prisión preventiva. Esta posición radical, que también resuelve el problema de un modo categórico, puede ser vista, ante todo pero no necesariamente, como consecuencia del abolicionismo penal. La vinculación es evidente: si no debe haber nada parecido a la pena queda con ello resuelto de un plumazo y para siempre el problema del encarcelamiento preventivo.

También se ha desarrollado una tendencia abolicionista de la prisión preventiva desvinculada del reclamo de abolición de la pena, tendencia que hoy juzgo

<sup>264</sup> *Vid. ib.*

<sup>265</sup> Vid. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, 2002, p. 481. Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 859, explican que la duración irrazonable de los juicios penales “acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada”.

<sup>266</sup> Vid. Zipf, *Strafprozeßrecht*, Berlin-New York, 21977, p. 121.

<sup>267</sup> Todos los exponentes, con los pormenores de esta posición, pueden ser vistos en la detallada tesis de Llobet Rodríguez, *Die Unschuldvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Freiburg im Breisgau, 1995, pp. 46 y ss.



jurídicamente equivocada pero que me sedujo alguna vez<sup>268</sup>. En este campo se inscribe principalmente el alegato de Gustavo Vitale<sup>269</sup>. Sin embargo, dado que estas exposiciones del problema no prohíben terminantemente toda privación cautelar de la libertad del imputado durante el proceso, es posible afirmar que ellas no pasan de ser, a la vez, tanto un valioso aporte para la defensa de la libertad frente a la arbitrariedad penal, por un lado, como también, por el otro, un posible engaño de etiquetas en tanto que se tolera la cárcel procesal con tal de que no se la mencione como prisión preventiva. Por eso mi temprana posición filoabolicionista de la prisión preventiva –no de la pena– fue acertadamente criticada por Llobet Rodríguez, quien me demostró que mi punto de vista era tan incoherente como insostenible<sup>270</sup>. Mi idea de entonces se fundaba, como todavía hoy se fundan las posiciones abolicionistas –y, quizá, en parte las compatibilistas–, en que sólo sin prisión preventiva es posible evitar su uso abusivo<sup>271</sup>. Lo que no advertí entonces era que ello equivalía a criticar a los dolores corporales sin advertir que, si bien era conveniente limitarlos, su eliminación total hipotética dejaría a los seres humanos sin una herramienta fundamental para percibir las patologías de la salud y evitar daños mayores. Pero, además de equivocada, mi opinión, como bien lo señaló la crítica de Llobet, era inconsistente<sup>272</sup>, pues si uno postula la abolición de la prisión preventiva sin abrogación de la pena privativa de la libertad no puede evitar caer, por necesidad, en postular alguna forma de detención del imputado que, frente a su rebeldía extrema, asegure de todos modos la realización del proceso y la eventual ejecución de una pena privativa de la libertad<sup>273</sup>. Y eso, aunque no se lo llame así, es siempre una prisión sin condena, limitada, sí, pero prisión preventiva al fin, de modo que mi posición no era realmente abolicionista, como tal vez no lo sea ninguna de estas opiniones en tanto que no sostengan la

<sup>268</sup> Vid. Pastor, *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos “no convencionales”*, en Maier (comp.), *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, 1994, pp. 299 y ss.

<sup>269</sup> Vid. Vitale, *La prisión de presuntos inocentes*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, General Roca, 1993, n.º 1, pp. 90 y ss.

<sup>270</sup> Vid. Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva*, San José, 1997, pp. 164 y ss.

<sup>271</sup> Vid. mi trabajo citado en n.a 11, p. 299. Hoy una posición extrema contra la prisión preventiva parece ser defendida también por Bovino, *Contra la inocencia*, en Bertolino/Bruzzzone, *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Buenos Aires, 2005, pp. 193 y ss. Este trabajo sostiene de modo categórico que el encarcelamiento preventivo no tiene justificación alguna (p. 205: es radicalmente ilegítimo; p. 206: está constitucionalmente prohibido de manera absoluta; p. 223: es absolutamente ilegítimo), pero, sin embargo, lo valida después con tal de que su duración no exceda una parte mínima de lo que duraría la pena en caso de condena, para lo cual se afirma en las construcciones de Sergi (pp. 227 y s.) acerca de esta interpretación de la proporcionalidad y señala que todos los demás requisitos de la prisión preventiva (peligro procesal, mérito sustantivo, excepcionalidad, etc.) pierden significado para imponerla. En definitiva, para este autor, si el encarcelamiento preventivo respeta esa proporcionalidad, con lo cual se impide su degradación a pena anticipada, su aplicación es legítima (p. 228).

<sup>272</sup> Vid. *op. cit.* n.a 13, pp. 165 y s., y 168 y s.

<sup>273</sup> Vid. Pastor, *cit.* n.a 11, p. 300.

abrogación de la pena de prisión, pero entonces eso ya sería otra cosa que incluye, por consiguiente, la innecesariedad no sólo de la prisión preventiva, sino, antes que ella, la del proceso mismo<sup>274</sup>.

Por esto, ambas posiciones extremas deben ser rechazadas. La prisión preventiva no es, en absoluto, una cuestión de todo o nada, de modo que las explicaciones intransigentes no pueden ser tomadas en serio por su falta de realismo (no sólo fáctico, sino, ante todo, normativo). En efecto, el proceso penal, en tanto que su consecuencia pueda ser la privación de la libertad de una persona, no puede, llegado el caso extremo, prescindir de la privación de la libertad de esa persona como cautela. A la vez, tampoco puede ser desconocida la prescripción axiológica y normativa de un principio de inocencia entendido como exclusión de las condenaciones sin juicio y sentencia previos (seudopenas)<sup>275</sup>. Por tanto, las doctrinas extremas en la materia no pueden ser seguidas y el dilema de la prisión preventiva, que sigue abierto, debe ser resuelto de otra manera.

### 6.1.3. *Las posiciones compatibilistas*

Jurídicamente más rectas son las explicaciones que reconocen, en distinta medida, la necesidad de un medio cautelar como el encarcelamiento preventivo en el proceso penal pero que, conscientes de que ello discrepa con el juicio previo como garantía de libertad, limitan la admisibilidad de ese instrumento de un modo particularmente drástico.

Acerca de la garantía judicial del acusado a no ser penado antes de la sentencia, Ferrajoli ha desarrollado un profundo estudio teórico e histórico al que cabe remitirse para los rasgos generales del problema<sup>276</sup>. Este autor, en lo que al corazón de este trabajo importa, puede ser considerado un exponente de la posición restrictiva más extrema que conscientemente no puede llegar a la abolición de la prisión provisional. Para él la presunción de inocencia, en su sentido de regla de tratamiento del imputado, “excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal”<sup>277</sup>. Al justificar su afirmación en el renacimiento de un derecho racional a partir de la Ilustración, Ferrajoli recurre a autores que si bien critican la prisión previa a la condena, todos ellos, en un punto, la consideran limitadamente necesaria: así, Hobbes (que no vaya más allá de lo que es necesario para asegurar la custodia del acusado), Beccaria (sólo si

<sup>274</sup> Tal vez la propuesta de excluir toda prisión preventiva no sea más que un camino adulterado para conseguir la abolición de la pena por parte de quienes no se atreven a sostener esto último abiertamente.

<sup>275</sup> Vid. Llobet Rodríguez, cit. n.a 13, pp. 43 y ss., y 169 y ss. De otra opinión, Bovino, cit. n.a 14, pp. 227 y s.

<sup>276</sup> Vid. *op. cit.* n.a 3, pp. 549 y ss.

<sup>277</sup> *Ib.*, p. 551 (lo destacado me pertenece).

la necesidad obliga), Bentham (es una prevención y no una pena legal), etc.<sup>278</sup>. Su conclusión es que “la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico”<sup>279</sup>. Su crítica, sin embargo, no se dirige contra la institución en sí, sino contra la utilización patológica que se hizo de ella, sobre todo en momentos de autoritarismo<sup>280</sup>.

El maestro de Camerino y Roma se alza, sobre todo, contra la transformación de la prisión preventiva, “de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”<sup>281</sup>. Ferrajoli, sólo de modo aparente, parece inclinarse por un momento por la abolición de la prisión preventiva con el argumento de que únicamente si se prohíbe su uso se excluirá su abuso<sup>282</sup>. Para ello traslada correctamente el eje desde la presunción de inocencia hasta el principio de jurisdiccionalidad: no puede haber privación de la libertad antes del juicio<sup>283</sup>. Descarta así los fines materiales del encarcelamiento sin condena, pero termina por conceder brevísimas privaciones de la libertad del imputado para neutralizar riesgos procesales.

Ferrajoli propone, por ejemplo, asegurar el peligro de oscurecimiento de la investigación “mejor que por la prisión cautelar, por el simple traslado coactivo del imputado ante el juez y su *detención por el tiempo estrictamente necesario* –horas o al máximo días pero no años– para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio”<sup>284</sup>. De esta afirmación se puede decir que limita muy convenientemente el abuso de la prisión preventiva por este motivo, mas no que la excluya.

Algo similar sucede con el peligro de fuga. Las críticas de Ferrajoli a la institución suponen aquí también un proceso manipulado en el cual la prisión preventiva es utilizada para precondenar al imputado e impedirle toda defensa eficaz<sup>285</sup>. No obstante, la argumentación de Ferrajoli está anémica de razones si uno, en lugar de plantearse el caso patológico de un imputado indebidamente sometido a prisión procesal obligatoria, se plantea el caso del imputado en libertad

<sup>278</sup> Vid. *ib.*, p. 552, donde Ferrajoli menciona en la posición limitadora no abolicionista de la prisión preventiva, acotada a asegurar las estrictas necesidades del proceso, también a Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Constant y Carrara. Bovino, cit. n.a 14, pp. 195 y ss., siguiendo el tratamiento de estos autores hecho por Ferrajoli y Llobet Rodríguez hace un análisis similar al del autor italiano acerca del decurso y significado del pensamiento ilustrado en la materia.

<sup>279</sup> Ferrajoli, cit. n.º 3, p. 553.

<sup>280</sup> Vid. *ib.*, pp. 553 y ss.

<sup>281</sup> *Ib.*, p. 553.

<sup>282</sup> Vid. *ib.*, p. 555.

<sup>283</sup> Vid. *ib.*

<sup>284</sup> *Ib.*, p. 557.

<sup>285</sup> Vid. *ib.*, pp. 558 y s.

que una y otra vez se rebela contra sus deberes con el proceso. El argumento de este autor, acerca de que la clandestinidad de la vida del fugado sustituye adecuadamente los fines de la pena<sup>286</sup>, está categóricamente desmentido por el hecho de que descubierto el clandestino, salvo caso de prescripción, es detenido y llevado al proceso en lugar de ser mantenido en esa punitiva clandestinidad. Tampoco, según mi punto de vista, las facilidades actuales de recuperación de prófugos, citadas por el profesor italiano en reemplazo de las seguridades de la prisión provisional<sup>287</sup>, son un argumento definitivo, aunque sí muy importante, contra el encarcelamiento provisional, pues una vez recuperado el imputado no debería ser liberado sin más si ha demostrado su hostilidad persistente al proceso, dado que de lo contrario se tendría que volver a recuperarlo una y otra vez. Todos estos temores de Ferrajoli, por lo demás, se esfuman si uno parte de una prisión cautelar racional y restringidísima, debido a que, como ya adelanté, sus objeciones a la institución sólo son eficaces ante los casos de aplicación patológica, especialmente ante la deriva material de sus fines y su prolongación desmedida. Por ello, Ferrajoli admite que su propuesta de eliminar en alguna medida la prisión preventiva sólo se extiende en principio “hasta la conclusión del juicio en primera instancia”<sup>288</sup>, lo cual significa admitir que quien no está condenado en firme pueda ser privado de la libertad sin pena, algo que, en mi opinión, no puede ser llamado de ninguna otra manera más que encarcelamiento preventivo<sup>289</sup>.

Al final de sus reflexiones sobre el tema, Ferrajoli reconoce que un proceso sin prisión provisional es una “quimera”<sup>290</sup>. Este reconocimiento de que la abolición del encarcelamiento cautelar es algo “que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo”, demuestra que no estamos ante una “utopía” a alcanzar en un futuro (“plan, proyecto, doctrina o sistema optimista que aparece como irrealizable en el momento de su formulación”)<sup>291</sup>. Por ello las ideas de Ferrajoli, bien releídas, postulan no tanto la exclusión de toda detención procesal del imputado, sino una restricción acotadísima de su nivel válido, pero necesario, de injerencia.

Hay también otras exposiciones de esta materia que al partir directamente de la necesidad de la prisión preventiva y de la de restringirla lo más posible

<sup>286</sup> *Vid. ib.*, p. 559.

<sup>287</sup> *Vid. ib.*

<sup>288</sup> *Ib.*

<sup>289</sup> Estas mismas objeciones a la posición de Ferrajoli, en el sentido de que él no sostiene una tesis completamente abolicionista de la prisión preventiva, sino que, por lo contrario, reconoce medidas similares y, por tanto, la compatibilidad entre aquella y el principio de inocencia, ya fueron formuladas por Llobet Rodríguez, cit. n.a 13, pp. 168 y s.

<sup>290</sup> *Vid. op. cit.* n.a 3, pp. 559 y ss.

<sup>291</sup> Definiciones del DRAE.

ofrecen un sistema más claro para el funcionamiento adecuado de la institución. Así, Hassemer, por ejemplo, reconoce que, si debe haber procesos penales para aplicar la ley material ante la sospecha de que se ha cometido un hecho punible, entonces debe también ser asegurada la presencia del sospechoso en el proceso, cuando ello es jurídicamente obligatorio y, ante todo, deben ser garantizadas las posibles consecuencias jurídicas del juicio: “No puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal”<sup>292</sup>. Asimismo, si el fin del proceso es la llamada averiguación de la verdad, la obstrucción arbitraria de esta función por parte del imputado puede costarle una pérdida momentánea de su libertad<sup>293</sup>. Para este autor, entonces,

... en tanto deban permanecer firmes estos presupuestos de nuestro procedimiento penal [realización de la ley sustantiva por medio de un proceso de comprobación adecuada de hechos], la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y –menos necesariamente– por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables [...]. Esta pérdida de la libertad, así entendida, es condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico<sup>294</sup>.

Pero, también para Hassemer, esta facultad debe ser utilizada de un modo limitadísimo, dado que de lo contrario se priva de valor al juicio y a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada como únicos mecanismos válidos para que una persona pierda su libertad a título de pena<sup>295</sup>. Por ello, para este autor, “la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material”<sup>296</sup>, sino únicamente “fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales”<sup>297</sup>. Pero consciente de la gravedad e irreparabilidad de los daños que la prisión preventiva puede irrogar, Hassemer brinda criterios sólidos para evitar la utilización arbitraria de este instrumento<sup>298</sup>. Sólo dentro de ese campo de actuación la prisión preventiva es legítima e irrenunciable<sup>299</sup>.

---

<sup>292</sup> Hassemer, cit. n.a 1, p. 115.

<sup>293</sup> *Vid. ib.*, pp. 115 y s.

<sup>294</sup> *Ib.*, p. 116.

<sup>295</sup> La prisión procesal “le quita valor al procedimiento principal y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria” (*ib.*, p. 118).

<sup>296</sup> *Ib.*

<sup>297</sup> *Ib.*, p. 119.

<sup>298</sup> *Vid. ib.*, pp. 120 y ss.

<sup>299</sup> *Vid. ib.*, pp. 126 y ss.

Igualmente, Maier defiende la noción compatibilista entre principio de inocencia y encarcelamiento procesal. Él explica que el axioma que impide la pena sin una sentencia judicial previa “no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento”<sup>300</sup>. Basa su afirmación en que, históricamente, la llamada “presunción de inocencia” no ha tenido como fin excluir la coerción procesal de un modo absoluto<sup>301</sup>. A su vez, este autor indica que

... el hecho de reconocer que el principio de inocencia no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento [...], no significa afirmar que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento, conculcando las facultades de las que gozan quienes intervienen en él, en especial las del imputado, sea irrestricta o carezca de límites<sup>302</sup>.

Para Maier, el principio de inocencia es el patrón rector que impone límites al encarcelamiento provisional, ante todo para evitar que la prisión procesal se transforme en una pena anticipada<sup>303</sup>. Para distinguir “pena de prisión” de “prisión cautelar” recurre, ante la identidad fáctica, a una distinción teleológico-normativa: “Resulta lícito pensar que la fuerza pública puede utilizarse durante el proceso para asegurar sus propios fines. En el derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines son expresados sintéticamente mediante el recurso a las fórmulas: correcta *averiguación de la verdad* y *actuación de la ley penal*”<sup>304</sup>. Esos fines se ven puestos en peligro, respectivamente, por el riesgo de fuga del imputado, que impide su juzgamiento o la ejecución de la sentencia, o por su actitud tendente a obstaculizar la investigación, que impide la comprobación adecuada de los hechos<sup>305</sup>. Por ello entiende que la prisión procesal sólo puede ser impuesta por orden judicial que cumpla con las exigencias legales que autorizan la aplicación de este instituto: mérito sustantivo, peligrosismo procesal, excepcionalidad, proporcionalidad, tratamiento especial y limitación temporal<sup>306</sup>.

La investigación más exhaustiva y detallada que se ha llevado a cabo acerca de la cuestión de la prisión preventiva y su relación con el principio de inocencia

<sup>300</sup> Maier, *DPP [Derecho Procesal Penal]*, Buenos Aires, t. I, 1996/t. II, 2003], t. I, p. 510.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 512. *Vid.*, también, p. 520, donde Maier sintetiza que el procedimiento penal, con el fin de proteger sus propias metas, no puede prescindir de intervenir en el ámbito de libertad del imputado, algo que las propias normas fundamentales permiten, siempre que establezcan para ello límites precisos.

<sup>303</sup> *Vid. ib.*, pp. 512 y s.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 514 (destacado original).

<sup>305</sup> *Vid. ib.*, pp. 514 y s.

<sup>306</sup> *Vid. ib.*, pp. 520 y ss.

es la tesis doctoral alemana de 1995 del profesor Javier Llobet Rodríguez<sup>307</sup>. Este magnífico trabajo es el que mejor ha fundamentado la compatibilidad entre el encarcelamiento procesal y el principio del necesario juicio previo a la pena, pues si bien parte del hecho de que dicha vinculación es extraordinariamente problemática logra proponer un modelo de coexistencia entre ambos que resulta muy conveniente. Tras un estudio meduloso y pormenorizado de los orígenes y la evolución del principio de inocencia, este autor propone un principio de solución para nuestro dilema según el cual “la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva, pero es reconocido que este principio desempeña una influencia con respecto a la regulación de la prisión preventiva. La solución solamente puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión preventiva es prohibida como pena anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad”<sup>308</sup>.

Esta solución se despliega por medio de la neutralización de toda posibilidad de que la prisión preventiva pueda terminar siendo una pena anticipada<sup>309</sup> y su restricción al cumplimiento de unos fines exclusivamente procesales<sup>310</sup>. Por otra parte, Llobet, completando su sistema, analiza –sobre todo con respecto al derecho costarricense pero en verdad se trata de materias universales– el presupuesto material del encarcelamiento procesal (mérito sustantivo) y sus problemas<sup>311</sup>, los motivos de la prisión preventiva, con crítica de las razones sustantivas (peligro de reiteración)<sup>312</sup>, la función del principio de proporcionalidad<sup>313</sup>, los requisitos formales de procedencia y el régimen impugnativo<sup>314</sup>, la duración de la medida<sup>315</sup> y los instrumentos sustitutivos (principio *ultima ratio*)<sup>316</sup>.

La investigación de Llobet Rodríguez constituye el trabajo más reciente y serio que brinda, a partir de un estudio profundo, las bases más sólidas para resolver los complejos problemas que se plantean en torno del dilema del encarcelamiento provisional.

#### 6.1.4. *La fórmula de la implicancia de Carnelutti*

Pero también entre los procesalistas ya clásicos es posible encontrar un programa completo y argumentalmente adecuado para entender esta cuestión capital del

<sup>307</sup> Llobet Rodríguez, cit. n.a 10. Una versión más amplia del trabajo y dedicada ya en general a la prisión preventiva ha sido publicada en 1997 en castellano: Llobet Rodríguez, *op. cit.* en n.a 13.

<sup>308</sup> *Ib.*, p. 171.

<sup>309</sup> *Vid. ib.*, pp. 172 y ss.

<sup>310</sup> *Vid. ib.*, pp. 176 y ss.

<sup>311</sup> *Vid. ib.*, pp. 187 y ss.

<sup>312</sup> *Vid. ib.*, pp. 209 y ss.

<sup>313</sup> *Vid. ib.*, pp. 258 y ss.

<sup>314</sup> *Vid. ib.*, pp. 283 y ss.

<sup>315</sup> *Vid. ib.*, pp. 289 y ss.

<sup>316</sup> *Vid. ib.*, pp. 301 y ss.

proceso penal, tan central que se funde con el problema del derecho procesal penal mismo. Con base en esas ideas es más fácil edificar un aparato conceptual válido en torno de nuestro espinoso dilema.

La expresión de mejor factura en este sentido es la tesis de la implicancia de Carnelutti. Para el maestro italiano hay “una inevitable implicancia del proceso en el castigo y del castigo en el proceso [...], pena y proceso o, más exactamente, castigo y proceso son el anverso y el reverso de una misma medalla; esto quiere decir la fórmula de la implicancia: no se puede castigar sin proceder ni proceder sin castigar”<sup>317</sup>.

Esta situación se revela dramática pues de modo ineludible se debe “castigar” al imputado (con el proceso) para saber si debe ser castigado (con la pena)<sup>318</sup>. Para Carnelutti, “el simple comienzo y tanto más el desarrollo del proceso penal ocasionan sufrimientos que no se justifican sino, precisamente, por la necesidad de castigar”<sup>319</sup>.

Esta implicancia denuncia una pobreza del intelecto humano que ya había sido, según nos lo recuerda Carnelutti, advertida por Agustín de Hipona respecto de la tortura. Al ver a un soldado que azotaba a una persona, Agustín le preguntó por las razones de tal proceder, a lo cual el soldado contestó que se estaba investigando una falta del sospechoso y que se lo azotaba para que reconociera la infracción. Ante ello el filósofo repreguntó acerca de la pena que recibiría el culpable en caso de confesar y recibió una respuesta notable: cien azotes.

Entender esta inevitable situación es la clave para comprender cómo funciona necesariamente el derecho procesal penal. Según Carnelutti,

... éste es, verdaderamente el drama del proceso penal, sobre el cual debe basarse toda su problemática [...]; la ley, pues, considera al imputado inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva; no obstante lo cual, quien es considerado inocente, en los casos en que se admite la detención preventiva, es puesto en prisión. La humanidad del proceso penal y, por tanto, su pobreza, es denunciada por esta antinomia. Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal<sup>320</sup>.

Carnelutti ve con claridad que la obligatoriedad del derecho penal y, consiguientemente, de la realización del proceso entraña de manera ineludible un riesgo para el imputado, riesgo del que no se puede prescindir en tanto que no

<sup>317</sup> Carnelutti, *Principios del proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pp. 52 y s.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>319</sup> *Ib.*

<sup>320</sup> *Ib.*



se puede prescindir del proceso; ese riesgo se traduce en una lesión de los intereses del imputado, en una disminución de sus derechos<sup>321</sup>. Pero esa lesión sólo puede ser consentida si el proceso está construido de modo tal que el temor de sufrirla quede reducido al mínimo; esta idea debe presidir la estructura del proceso penal y funcionar como su principio fundamental<sup>322</sup>.

En conclusión, la tesis de la implicancia de Carnelutti constituye la mejor plataforma argumental para resolver los delicados problemas y dilemas del derecho procesal penal en general y de la prisión preventiva en particular. En síntesis, según esta fórmula: (a) no hay *pena* sin *proceso*; (b) pero no hay *proceso* que no sea sufrimiento (“*pena*”); (c) por tanto, para saber si hay que castigar (*pena*) es obligatorio “castigar” previamente (*proceso*); (d) de modo que el sufrimiento del inocente (“*pena*”) es el costo insuprimible del *proceso*.

#### 6.1.5. Resultado

Todo lo analizado precedentemente conduce a resultados difícilmente cuestionables. En tanto continúe en vigor un derecho penal de privación de libertad y en la medida en que siga siendo cuestión estatal (principios de publicidad, oficialidad y legalidad procesal), la prisión preventiva deberá, como amarga necesidad, acompañar al proceso para, llegado el caso, ser utilizada como medio cautelar para asegurar sus fines. Si la marcha de la investigación es obstruida por el imputado, él podrá ser privado de libertad momentáneamente para evitarlo. Si con su fuga (o con el temor razonable de que se fugue) frustra no sólo la realización del proceso, sino, sobre todo, la ejecución de la eventual pena privativa de libertad, también debe ser encarcelado para impedirlo. Que ello deba ser controlado, limitado y excepcional no deroga el encarcelamiento preventivo ni, mucho menos, su necesidad.

En efecto<sup>323</sup>, el juego dialéctico de prisión preventiva y principio de necesario juicio previo no puede ser resuelto con la simple abolición de la prisión preventiva, con su descalificación práctica por contrariar la Constitución o, mucho menos, con la falacia naturalista de que siempre se ha abusado de ella para aplicarla de modo torcido. En verdad, es de una lógica estricta y difícil de refutar que mientras exista el derecho penal y el proceso sea su instrumento de realización

---

<sup>321</sup> *Vid. ib.*

<sup>322</sup> Esta lesión se ve morigerada, p. ej., por los mecanismos usuales en todas las legislaciones que permiten abonar pena privativa de libertad con prisión preventiva. Desde un punto de vista dogmáticamente estricto ello no sería posible porque el encarcelamiento provisional no es pena. Pero semejante defensa del carácter exclusivamente cautelar de la prisión preventiva llevaría a la estupidéz de exigir, p. ej., que un condenado en firme a cumplir un año de privación efectiva de su libertad, que ya lleva un año en prisión preventiva, deba verse detenido en total dos años para salvar la sacrosanta diferencia entre pena y prisión preventiva.

<sup>323</sup> Sigo aquí de cerca las reflexiones ya formuladas en Pastor, cit. n.a 8, pp. 480 y ss.

dispuesto para la contención de posibles abusos estatales, la prisión preventiva será siempre, a la vez que *ultima ratio*, también *conditio sine qua non* del proceso penal; *ultima ratio*, porque a ella sólo puede recurrirse cuando ninguna otra medida de aseguramiento de los fines del proceso pueda reemplazarla eficazmente de un modo menos cruento, y *conditio sine qua non* porque sin ella el derecho procesal penal no podría, en casos extremos, cumplir sus objetivos<sup>324</sup>.

El proceso penal no es precisamente voluntario. Muy por lo contrario, la gravedad de sus mecanismos de coacción, derivada sin duda de la gravedad de la relación jurídica sustantiva que lo justifica, permite colegir que se trata de un instrumento que utiliza la fuerza estatal de forma predominante. Esto no es una mera descripción, sino una constatación del sentido y naturaleza del derecho procesal penal y del derecho penal al cual está llamado a servir. Dado que en caso de condenación la pena será ejecutada, normalmente, en el cuerpo del condenado, es preciso que la presencia de ese cuerpo esté asegurada en caso de llegar aquel momento. A su vez, la propia sentencia no puede ser alcanzada sin la presencia del acusado (prohibición del proceso en ausencia). Por otro lado, la adquisición de la prueba urgente no puede quedar expuesta, en los primeros momentos de la investigación, a la obstrucción del imputado. En palabras resumidas, sin condenado no hay ejecución de la condena firme, sin juicio no hay condena y sin acusado no hay juicio. Por tanto, si se suprimiera toda posibilidad de encarcelar preventivamente al imputado el proceso penal sólo podría ser llevado a cabo –y a través de él el derecho penal realizado– en caso de contarse con la voluntad y colaboración del acusado (la cantidad de los supuestos en que esto podría suceder es fácilmente predecible para cualquiera).

Todo esto demuestra que la consideración de la imposibilidad final de un proceso penal sin prisión preventiva no es, en realidad, una visión resignada frente a la trasgresión de los valores del principio del juicio previo obligatorio que ella comporta, sino una reafirmación de que un procedimiento penal sin autorización para privar de la libertad al imputado cuando él no se someta voluntariamente a la persecución es, para el sistema penal actual, una quimera<sup>325</sup>. En tanto que la privación de libertad siga siendo la reacción principal del sistema penal no será posible asegurar su realización a través del debido proceso si no se le brinda a las autoridades encargadas de la persecución la facultad de retener durante el proceso el cuerpo sobre el cual recaerá la pena en caso de condena, cuando el imputado demuestre su total rebeldía y hostilidad frente a la investigación y el juicio. Sólo si se renuncia a la pena estatal privativa de la libertad y se recurre,

<sup>324</sup> Parece reconocer esta realidad la formulación del principio de inocencia contenida en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pues tras consagrar expresamente el derecho al juicio previo a la pena prevé la detención cuando ella es juzgada indispensable (art. 9.º).

<sup>325</sup> Ferrajoli, cit. n.a 3, p. 561.

por ejemplo, a los métodos del derecho civil también para lo que hoy consideramos ilícitos penales sería posible imponer, de un modo abstracto y general, un punto final a toda prisión preventiva.

Entretanto, entonces, no se podrá renunciar a la prisión preventiva sin renunciar al proceso mismo, dado que la verdadera quimera estaría constituida por pensarlo como voluntario.

Así pues, tanto como resulta difícil explicar la convivencia de la prisión preventiva con la presunción de inocencia, resulta también completamente inconcebible un proceso penal sin prisión preventiva. Lo decisivo en torno del dilema de la prisión preventiva es asumir que inevitablemente no hay proceso alguno que pueda darse el lujo de no cautelar las consecuencias de una posible sentencia y que, llegado el caso excepcional, no tenga que estar facultado a utilizar la medida de aseguramiento más extrema. El problema, ahora, se traslada a la determinación del caso excepcional, esto es, a la cuestión de establecer el sistema aceptable de funcionamiento de la prisión preventiva en un medio que la considera tan perjudicial como inevitable. Ya lo dijo Bentham: “Excluir toda vejación es excluir todo gobierno. Pretender dictar leyes que no importen vejación alguna es el proyecto de un insensato; en cambio, suprimir toda vejación preponderante, toda vejación superflua, es el fin que se propone la razón y al cual no se puede llegar más que uniendo los afectos del filántropo al genio del legislador”<sup>326</sup>.

## 6.2. LA EXCEPCIONALIDAD FUNCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva, para ser verdaderamente excepcional<sup>327</sup>, debe ser autorizada únicamente si una serie estricta de requisitos han sido reunidos en el caso. El cumplimiento riguroso de cada uno de estos presupuestos y su subsistencia garantizan una utilización realmente excepcional de este instrumento, tornándolo así de uso legítimo en esos supuestos.

Pero como aun así la justificación de la prisión preventiva sigue teniendo en la base sólo un peligro para el proceso, al encarcelar al imputado el Estado crea

<sup>326</sup> Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 2002, p. 349.

<sup>327</sup> Así expresamente, por citar sólo los dos casos más recientes que resumen todos los desarrollos previos, en la sentencia de la Corte IDH del caso “Bayarri vs. Argentina” (30 de octubre de 2008), párrafo n.º 69, y en el informe n.º 35/07 de la Com. IDH (caso “Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, aprobado por la Comisión el 1 de mayo de 2007), en el cual es sostenido de un modo especialmente insistente el carácter excepcional de la prisión procesal (párrafos n.os 70, 75, 85, 88 y 93 a 101). Según Bovino, “el principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva es el *principio de excepcionalidad*” (*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en *id.*, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, p. 148, destacado original). Hoy Bovino, cit. n.a 14, p. 211, parece haberse retractado y considerar a la excepcionalidad una falacia.

necesariamente otro temor, a saber, el riesgo de encarcelarlo indebidamente. A resolver esta problemática como parte de los requisitos de la prisión provisional está dedicada la teoría de los riesgos procesales<sup>328</sup>. Ella supone que hay peligros para el proceso y temores para el imputado. El sistema procesal trata de resolver este problema con criterios que determinen quién, cómo y hasta cuándo correrá los riesgos. Según esta teoría, la cuestión debe ser abordada con la mirada puesta en el hecho de que si el Estado ha decidido asegurar sus temores (de fuga o entorpecimiento) con la privación de la libertad, entonces ha creado un riesgo para el imputado, pues tal vez la sospecha material o la presunción de hostilidad procesal sean en definitiva injustificadas. Así el riesgo ha cambiado de manos y ello, como criterio rector en la materia, determina, por un lado, que las exigencias sean mayores para autorizar que el riesgo lo corra el imputado que para que el temor lo sufra el Estado. Por el otro, esta teoría determina que al adjudicar el Estado los costes de asegurar el riesgo al imputado debe proceder a resolver la situación de un modo definitivo y concluyente lo más rápido que sea posible.

Aquí, por razones de espacio y también porque el tema satura ya la bibliografía específica en la materia, los requisitos de una prisión preventiva legítima sólo habrán de ser recordados por medio de su enumeración.

Según el primer y principal presupuesto de esta injerencia, la adopción de la medida cautelar debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para los fines del proceso (peligrosismo procesal)<sup>329</sup>. El hecho punible atribuido al imputado, por lo demás, debe estar demostrado con un grado de alta probabilidad (mérito sustantivo). El inculpado, antes de ser puesto en prisión preventiva, debe haber tenido la oportunidad de conocer el hecho imputado y las pruebas existentes en su contra (intimación) y de ofrecer un descargo acompañando de pruebas o solicitudes probatorias (derecho de audiencia y de resistencia). La medida sólo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste (subsidiariedad). Dado que, como ya se adelantó, la validez de la medida presupone también que sus requisitos, reunidos al tiempo de imponérsela, subsistan mientras ella dura, entonces deben

<sup>328</sup> Vid. su primera formulación en Pastor, *El encarcelamiento preventivo*, en Maier (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, 1993, pp. 44 y s.

<sup>329</sup> No se teme exactamente que el imputado se pueda llegar a fugar con seguridad (como afirma Bovino, cit. n.º 14, p. 205), sino que probablemente el proceso no se pueda realizar o la eventual pena ejecutar. Esto es, precisamente, algo que se debe temer fundadamente, pero sólo “temer” no asegurar que sucederá, como cree Bovino (cit. n.º 14, p. 213) al sostener que “parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, ‘probar’ la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro”. Aquí se ha confundido riesgo con hecho: nadie puede garantizar que el conducir a 200 kms. por hora ocasionará un accidente, pero todo observador objetivo encontrará justificada la afirmación de que la situación es peligrosa.

existir mecanismos de cancelación de la prisión preventiva para el caso de que cualquier requisito haya desaparecido (provisionalidad). Pero aunque esos presupuestos subsistan la prisión preventiva debe cesar cumplido un tiempo breve de duración tolerable (temporalidad)<sup>330</sup>. Por último, la imposición de la prisión preventiva debe admitir una instancia recursiva y tolerar tanto su impugnación periódica como su control rutinario, incluso de oficio (fiscalización).

La clave de esta interpretación reside en que la ausencia de alguno de estos presupuestos, su incumplimiento o su desaparición impiden que una prisión preventiva pueda ser válidamente impuesta o mantenida, dado que sin ellos no se puede considerar satisfecho el mandato de excepcionalidad de esta medida, lamentablemente indeclinable, del proceso penal.

### 6.3 AMENAZAS ACTUALES PARA LA EXCEPCIONALIDAD FUNCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y RESPUESTA A TALES AMENAZAS

#### 6.3.1. *La desviación material de la prisión preventiva*

La similitud entre la ejecución de la pena privativa de libertad y la ejecución de la prisión provisional, similitud tan estrecha que jurídicamente una se abona con la otra, como también el hecho de que el derecho penal material y el procesal no siempre son tan claramente separables con rigor ni son independientes del todo sus fines, ha llevado a cierta confusión, no sólo práctica, acerca de la función que efectivamente debe cumplir el encarcelamiento preventivo.

Desde la práctica ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que, siguiendo la idea de muchas legislaciones, jurisprudencias y hasta de documentos internacionales<sup>331</sup>, había afirmado expresamente y mejor que nadie que la prisión preventiva debe cumplir funciones materiales desvinculadas del aseguramiento del proceso concreto al señalar, de modo contundente, que es legítimo justificar el encarcelamiento preventivo, por ejemplo, en el “riesgo de comisión de nuevos delitos”<sup>332</sup>. Pero este órgano de la OEA fue más lejos y le

---

<sup>330</sup> Ya Beccaria (*De los delitos y de las penas*, trad. de Tomás y Valiente, Madrid, 1969, p. 129), enseñó que el encarcelamiento provisional constituye “la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado” que “debe durar el menor tiempo posible”.

<sup>331</sup> Una utilización jurisprudencial de la prisión preventiva para cumplir fines materiales, oculta en la presunción de fuga, es descrita por Díaz Cantón, *Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción*, en *id.*, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, 2005, pp. 71 y ss. *Vid.*, acerca de la admisión de las funciones materiales de la prisión preventiva en distintos ámbitos, la información proporcionada por Ottaviano, *¿“Libertad provisional” o “derecho a la libertad”?*, en RDPP, *Excarcelación - Doctrina* [2005], pp. 400 y 416 y ss.

<sup>332</sup> Informe 2/97, donde se afirma que “la Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado” (párrafo n.º 25). Entre esas justificaciones la Comisión señala al “riesgo de comisión de nuevos delitos” y defiende

atribuyó al encarcelamiento provisional, en casos extraordinarios, otras funciones más que, usualmente, para bien o para mal, le corresponden a la pena, al sostener el argumento de que debe ser puesto y mantenido en prisión preventiva aquel sospechoso de un hecho gravísimo cuya liberación pueda ser vivida como un caso de impunidad por la población o afectar la preservación del orden público<sup>333</sup>. Esta tendencia represiva típicamente propia de la ideología neopunitivista de estas instituciones internacionales se ve reflejada también en el Estatuto de Roma, cuyo art. 58, inc. 1.º, letra b, núm iii, autoriza la prisión preventiva para “impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”. Bovino critica severamente esta asignación de fines sustantivos al encarcelamiento provisional<sup>334</sup>.

Desde el lado teórico, no debe sorprender que la idea de explicar técnicamente y sin hipocresía que la prisión preventiva cumple también esas funciones materiales viniera de parte de las exposiciones más modernas del derecho penal que defienden un sistema punitivo integral compuesto por el derecho material, el derecho procesal y el derecho de determinación de la pena<sup>335</sup>. Entre quienes sostienen estos puntos de vista ha sido Georg Freund quien ha llegado más lejos en el tratamiento de los problemas del encarcelamiento preventivo<sup>336</sup>. Para este autor la finalidad del proceso no se limita a la constatación de los hechos relevantes para la aplicación de la ley sustantiva, pues ello ofrecería una legitimación débil para las “molestias” que ocasiona; por eso, junto a ese fin de escl-

---

literalmente que “para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad” (párrafo n.º 32).

<sup>333</sup> Vid. Informe 2/97: “36. La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. 37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal”.

<sup>334</sup> *Op. cit.* n.a 70, pp. 141 y ss.

<sup>335</sup> Es la conocida corriente de Mannheim que se plasmó en los años noventa. Hoy contamos, gracias al proverbial esfuerzo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, con la traducción de la obra colectiva que refleja ese punto de vista por medio de las contribuciones de sus principales exponentes: Wolter/Freund (compp.), *El sistema integral del Derecho Penal*, trad. de Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutiérrez/Silva Sánchez, Madrid-Barcelona, 2004.

<sup>336</sup> En su trabajo *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal*, trad. de Ragués i Vallès, publicado en la obra citada en la nota anterior, pp. 91. y ss. (*vid. especialmente pp. 108 y ss.*).

recimiento, Freund ubica una función material que transforma a las injerencias del proceso en reacción necesaria y adecuada para restaurar la paz jurídica, por tanto legítimamente, frente a la presunta infracción de la norma, reacción que consiste en pedir explicaciones al sospechoso<sup>337</sup>. Todos los aspectos del sistema penal, los materiales, los procesales, etc., tienen el mismo fin que la pena estatal pues son sus subsistemas. El profesor de Marburgo, con esa idea, brinda varios ejemplos en los cuales bajo los ropajes procesales se ocultan instituciones que cumplen fines sustantivos de reacción adecuada frente a la –presunta– comisión de un hecho punible<sup>338</sup>. Así, junto a la necesidad de querrela en el caso de delitos de acción privada, a ciertas injerencias graves, a la posibilidad de condenar sin constatación aceptable (procedimientos abreviados) y a la imposición de condiciones a quien será sobreseído (suspensión del juicio a prueba), por tanto a un no culpable (éste es, de todos, el ejemplo más logrado de Freund), el autor pone a la prisión preventiva también como reacción adecuada y equivalente a una pena.

La prisión preventiva se convierte así abiertamente en castigo provisional. Con base en la legislación alemana que extiende los supuestos de prisión provisional más allá de los casos de fuga (StPO, § 112, II, 1), peligro de fuga (StPO, § 112, II, 2) y temor de entorpecimiento (StPO, § 112, II, 3) a los supuestos en que se imputan determinados hechos graves (StPO, § 112, III, y 112<sup>a</sup>, 1)<sup>339</sup> o en los que exista peligro de continuación o reiteración delictiva (StPO, § 112a), Freund considera probada su teoría relativa a la función de necesaria y adecuada reacción (material) que cumple el encarcelamiento preventivo<sup>340</sup>. Para él, en el caso de hechos graves y bien probados de entrada (por ejemplo, por la confesión

<sup>337</sup> Vid. *ib.*, p. 109.

<sup>338</sup> Vid. *ib.*, pp. 114 y ss.

<sup>339</sup> Según esta regla, en los casos de unos hechos punibles específicos que son identificados por el número de parágrafo del StGB (homicidio, asesinato, terrorismo, genocidio, abusos sexuales graves, etc.) la prisión preventiva es procedente aunque no exista fuga, temor de fuga o peligro de obstaculización (StPO, § 112, III, *in fine*). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE, t. 19, pp. 342 y ss.) ha morigerado esa regla y la ha interpretado con el sentido de que se exige un peligrosismo procesal menor que el de los hechos normales o menos probado, pero que debe haber siempre un peligro procesal que neutralizar para que la medida sea compatible con la Constitución. Para la visión del sistema penal integrado, representada entre otros por Freund, resulta razonable que la sospecha para encarcelar a alguien sea inversamente proporcional a la gravedad del hecho (a mayor gravedad menor será la prueba de la sospecha necesaria para iniciar las injerencias procesales), pues en los delitos capitales esa disminución probatoria está justificada por los mayores requerimientos de estabilización de la norma puesta en cuestión (*vid. Frisch, Delito y sistema del delito*, trad. de Robles Planas, en Wolter/Freund, cit. n.a 78, p. 274). Este criterio se parece demasiado al principio medieval del *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet*. Volk, *Grundkurs StPO*, München, 42005, p. 63, considera, con razón, que dicho criterio constituye una inversión indebida de la carga de la prueba (*vid.*, en el mismo sentido, pero ya en general para todos los casos, Díaz Cantón, cit. n.a 74, p. 78; Ottaviano, cit. n.a 74, p. 423).

<sup>340</sup> Freund, cit. n.a 79, pp. 123 y ss.

del imputado), con independencia de los peligros procesales, el sospechoso no puede permanecer en libertad hasta que concluya el proceso y resulte condenado: “La demora en una reacción claramente perceptible [puede] interpretarse en el sentido de que no se toma en serio un delito que materialmente ya parece suficientemente probado. La función de la prisión provisional en los casos en que no hay peligro de fuga ni de entorpecimiento sería evitar tal sensación”<sup>341</sup>.

Sin embargo, si se quiere contar con un sistema penal que sin dejar de ser eficaz no sea abusivo, garantice la libertad y resulte adecuado al principio del Estado constitucional de derecho es preciso objetar la introducción práctica y teórica de funciones materiales en el área de la prisión preventiva. La garantía más segura contra la proliferación del uso patológico de esta medida cautelar indispensable es restringirla de un modo tenaz al cumplimiento de sus fines procesales. Esta crítica al empleo del encarcelamiento preventivo con miras sustantivas es mayoritaria en la literatura especializada<sup>342</sup>. La única distinción jurídicamente relevante entre pena y prisión preventiva “sólo se puede establecer por el lado de los *fin*es que una y otra persiguen”<sup>343</sup>. El encarcelamiento preventivo no debe ser desviado en caso alguno de su única misión admisible, a saber, cautelar los fines centrales específicos del proceso. En este esquema no hay lugar para privaciones de la libertad impuestas automáticamente por la gravedad del hecho o para neutralizar el peligro de reiteración delictiva o evitar la perturbación del orden público. Como ha dicho Volk críticamente respecto de la aplicación de la medida en el caso de crímenes capitales, la prisión preventiva, tal como sucedía en los tiempos del nacional-socialismo, no asegura aquí el procedimiento, sino que pretende evitar la “irritación popular”<sup>344</sup>. Este autor señala, en lo relativo al peligro de reiteración, que “también este motivo de detención es un cuerpo extraño al sistema. Tal detención de seguridad no sirve a los fines del proceso, sino, como medida preventiva de tipo profiláctico-policial, a la protección de la generalidad frente a otros hechos punibles de un autor peligroso”<sup>345</sup>.

Jakobs ya lo ha dicho de una manera retóricamente más dramática al considerar a la prisión preventiva como manifestación del –por él así denominado– derecho penal del enemigo, en tanto que con esta institución se aplica una custodia de seguridad que no significa nada para el imputado en términos de su teoría de la pena<sup>346</sup>. La distinción es buena, si con ello se restringe la medida

<sup>341</sup> *Ib.*, pp. 124 y s.

<sup>342</sup> *Vid.*, entre docenas de escritos con la misma crítica, solamente Ferrajoli, cit. n.a 3, pp. 553 y ss.; y Maier, *DPP*, t. I, pp. 512 y ss.

<sup>343</sup> *Ib.*, p. 514, destacado original.

<sup>344</sup> *Vid.* Volk, cit. n.a 82, p. 63.

<sup>345</sup> *Ib.* Igualmente, Ferrajoli, cit. n.a 3, p. 555, considera una medida policial a la prisión preventiva aplicada con fines materiales.

<sup>346</sup> *Vid.* Jakobs, *Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, trad. de Cancio Meliá, en



de un modo estricto a sus funciones procesales de aseguramiento de los fines centrales del proceso con total proscripción de cualquier finalidad material. Lo desagradable, aunque no importe, es el rótulo; y lo cierto es que no se trata de una expresión del derecho penal del enemigo, pues si la medida cautelar es *accesoria* al derecho de fondo, entonces en tanto que el derecho sustantivo aplicable sea “derecho penal del ciudadano”, lo será también, por accesoriadad, la medida cautelar *necesaria* para asegurar su aplicación neutralizando las amenazas que ponen en peligro tal aplicación. Además, dado que la prisión preventiva no es un instrumento del derecho *penal* no puede ser parte, en sentido estricto, de derecho sustantivo alguno, sea del enemigo o del amigo. Queda pues en pie, sin embargo, la calificación “gráfica” de derecho penal del enemigo para el sistema punitivo que utiliza el encarcelamiento provisional con fines equivalentes a los materiales.

Por todo ello, para mantener al encarcelamiento provisional inmune ante la posibilidad de utilización arbitraria es preciso limitarlo estrictamente a unos fines procesales alejados de toda desviación patológica hacia objetivos materiales. Ello permitiría superar la objeción de Ferrajoli según la cual una vez que se admite el encarcelamiento preventivo por necesidades procesales nada puede impedir que se lo aplique patológicamente también por necesidades penales<sup>347</sup>.

### 6.3.2. *Tempus omnia revelat*

#### 6.3.2.1. *Una clave de bóveda para la prisión preventiva*

Si no todos los problemas de la prisión preventiva, al menos sí los más graves son resueltos, en mi opinión, por medio del establecimiento de tiempos máximos para la duración del proceso. Tanto el respeto por la libertad puesta en juego durante el enjuiciamiento penal, como, mucho más todavía, su privación procesal, suponen un juicio rápido. Entonces, el juicio penal siempre debe ser rápido<sup>348</sup>. Si el proceso no puede prolongarse indebidamente en el tiempo tampoco lo podrán hacer las medidas cautelares que de él dependen. Tenemos así que, dentro de los problemas del encarcelamiento provisional, su excesiva duración parece ser el más relevante, pero, en verdad, la cuestión más importante de la prisión preventiva es la duración del proceso.

Así lo ha sostenido Maier<sup>349</sup> al advertir que el problema de la excesiva duración del encarcelamiento preventivo no tendrá solución adecuada si no es atacada la cuestión de fondo, esto es, la excesiva duración del proceso, pues mientras

---

Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 44 y s.

<sup>347</sup> Ferrajoli, cit. n.a 3, p. 555.

<sup>348</sup> Acerca de los problemas generales de la duración del enjuiciamiento, *vid.* Pastor, cit. n.a 8, pp. 73 y ss.

<sup>349</sup> *Vid.* Maier, *DPP*, t. I, pp. 537 y ss.

éste subsista aquél estará teóricamente justificado en caso de peligro para los fines del enjuiciamiento (y siempre que estén reunidos los demás requisitos de procedencia). No es de extrañar, por ello, que Beccaria, tras advertir que la prisión preventiva es “la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado” y que “debe durar el menor tiempo posible” que resulte necesario para “impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”, sostenga a renglón seguido que “el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible”<sup>350</sup>. Así pues, el iluminado Cesare Bonesana nos ilustró ya entonces acerca de la íntima vinculación que hay entre el encarcelamiento preventivo y la duración del proceso.

Mientras que los plazos de la prisión preventiva han sido legislados<sup>351</sup>, no ha sucedido lo mismo, sin embargo, con los plazos de duración del proceso, con lo cual, dada la imposibilidad ya explicada de fijar realmente límites a la duración temporal del encarcelamiento provisional si el proceso mismo no tiene ese tipo de límites, el problema de la duración de la prisión preventiva queda en verdad sin resolver. Esto, que ya era advertido desde la ciencia como se acaba de recordar, fue recientemente admitido por la jurisprudencia. A continuación son analizados los precedentes más importantes al respecto.

### 6.3.2.2 *La sentencia “Cevizovic” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Esta sentencia fue dictada por el TEDH el 29.7.2004. Se trata de un reclamo contra la República Federal de Alemania. Cevizovic, ciudadano croata, había sido imputado de robo, tentativa de homicidio, lesiones graves y tenencia indebida de armas por hechos sucedidos en 1996. Es inmediatamente detenido y acusado ese mismo año. Su detención había sido convertida en prisión preventiva por la gravedad del hecho, con fundamento en el peligro de fuga y en que es un extranjero “ilegal” cuya familia vive en el exterior. Hasta la finalización del proceso todos sus pedidos de excarcelación fueron rechazados.

Llevado a juicio, el proceso se interrumpe y debe empezar de nuevo por enfermedad de dos jurados. Producto del nuevo juicio es condenado, en 2001, a diez años y seis meses de prisión. La sentencia tiene en cuenta la excesiva duración del proceso y de la prisión preventiva como atenuantes en la medición de la pena. El condenado interpone recurso de casación pero desiste pues se le ofrece remitirlo a su país en libertad si se compromete a no regresar a Alemania antes de que pasen 25 años.

Su prisión preventiva tuvo una duración total de cuatro años, nueve meses y tres días. Este lapso se cuenta desde la detención hasta la sentencia conde-

<sup>350</sup> Beccaria, cit. n.º 73, p. 129.

<sup>351</sup> *Vid.*, más detenidamente al respecto, Pastor, cit. n.a 8, pp. 477 y ss.

natoria no firme (se aplica la cuestionable doctrina de la sentencia “Labita”<sup>352</sup>). El TEDH, utilizando los criterios usuales<sup>353</sup>, justificó la imposición de la prisión preventiva tanto por la gravedad del hecho como por el peligro de fuga. Otra suerte corrió la cuestión de su duración.

Al evaluar la duración del proceso, utilizando también los criterios usuales, el Tribunal encontró que las autoridades estatales no habían actuado con la diligencia debida para un caso con imputado en prisión preventiva, pues rige en estos supuestos el llamado “mandato de celeridad”<sup>354</sup>. En esto, el TEDH no admitió la defensa del Gobierno relativa a la responsabilidad del acusado en los retrasos, debido a sus pretensiones procesales (se privilegia el derecho de defensa). Los retrasos se imputan a la actuación de los tribunales, pues el primer juicio demandó 56 sesiones de 90 minutos y el segundo, que duró casi tres años, se realizó con una sesión semanal de unas dos horas y media de duración. Por ello, el TEDH consideró que a pesar de la complejidad del caso y de las dificultades probatorias, la duración de la prisión preventiva no ha sido razonable porque los tribunales no terminaron el proceso con la especial celeridad exigida para el caso (lesión del art. 5.3 del CEDH). Por la misma razón consideró que también se había violado el derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable (CEDH, 6.1).

El peticionario pretendía una indemnización de cinco millones de euros por los daños materiales y morales supuestamente sufridos. El TEDH sostuvo que daños materiales no fueron demostrados por el peticionario y que respecto de los morales, que son evidentes, era suficiente reparación la atenuación de pena hecha en la sentencia condenatoria precisamente en razón de la excesiva duración del proceso y de la prisión preventiva.

El TEDH ha comprendido el problema, ha entendido que si no se ponen límites a la extensión temporal del proceso no se puede limitar la duración de la prisión preventiva. Por ello, ha señalado en este caso la obligación de los Esta-

<sup>352</sup> Caso “Labita contra Italia”, sentencia del TEDH del 6.4.2000. Esta doctrina restringe hasta lo inadmisibile el principio de inocencia y contrasta con los valores de un sistema de derechos fundamentales que, ante el temor realista de error en las condenaciones, concede al imputado un derecho amplio para impugnar la sentencia. Un proceso termina cuando el pronunciamiento judicial que le pone fin en definitiva queda firme. Hasta ese momento todo es cautelar y provisional, de modo que no se puede aprobar la idea de que con la sentencia condenatoria de primera instancia no firme se puede justificar la posterior duración de la prisión, siempre todavía preventiva, por todo el tiempo que sea (en el mismo sentido, *vid.* Ottaviano, *La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal*, en AA.VV, *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires, 2002, pp. 229 y s., y 242).

<sup>353</sup> Más detalles en Pastor, cit. n.a 8, pp. 109 y ss.

<sup>354</sup> Esta proverbial doctrina del TEDH acerca de la “diligencia especial” que debe poner el Estado en los procesos con prisión preventiva es seguida, como tantas otras, por la Comisión de Derechos Humanos de la OEA (*vid.* Informe 12/96, párrafo n.º 99, también en el Informe 35/07, párrafo n.º 127) y por la Corte IDH (caso “Bayarri”, párrafo n.º 70).

dos de fijar límites fatales para la duración máxima del proceso en caso de que el imputado esté en prisión preventiva. Esto se deriva de su idea de realizar el proceso con la debida celeridad que la situación exige. He aquí, entonces, un mensaje claro para los países miembros del Consejo de Europa: deben establecer en sus legislaciones los plazos de realización de los procesos con detenidos y esos plazos deben ser los más breves que cada situación permita (juicio rápido).

La doctrina merece sólo dos objeciones. Por un lado, no termina de incorporar al debate todos los aspectos del problema. Si bien determina que con prisión preventiva el proceso debe ser rápido, no alcanza a ver todavía que el proceso debería ser igual de rápido aun sin prisión preventiva y que, por lo demás, agotado el plazo de la prisión preventiva, no puede seguir el proceso (aunque esto es consecuencia necesaria de la identificación entre las duraciones del proceso y del encarcelamiento procesal que sí se desprende de la sentencia). Por el otro lado, queda la cuestión de las consecuencias. Una vez más, el TEDH recurre a su conocida técnica de compensar la violación del derecho a un juicio rápido y a una prisión preventiva breve con una atenuación de la pena<sup>355</sup>, lo cual supone que el proceso ya ha terminado y que el imputado ha sido condenado. Con esto queda sin solución correcta, ante todo, la cuestión de los procesos en curso, probablemente con prisión preventiva en marcha, que deberán continuar su duración irracional, quizá de décadas, hasta que en una sentencia definitiva se pueda compensar algo, si algo queda por compensar. Pero, además, queda sin solución adecuada el problema del proceso de duración irracional que finalmente termina en absolucón<sup>356</sup>.

En resumen, este precedente es relevante por su tesis central acerca de que para evitar la incorrecta aplicación de la prisión preventiva es necesario impedir la excesiva duración del proceso.

### 6.3.2.3. *La sentencia del BVerfG, 2 BvR 1315/05 de 23.9.2005*

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG) tuvo que resolver el recurso de “N”, quien, imputado por el delito de instigación de incendio intencional agravado y de haber causado una explosión que ocasionó seis muertos y dos heridos graves, había sido puesto en prisión provisional el 2.8.1997. Fue acusado, junto a un coautor, en octubre de 1998. El juicio comenzó el 26.7.1999 y duró más de dos años e insumió 120 días de audiencia. Los acusados fueron condenados a prisión perpetua el 16.8.2001. El condenado “N” interpuso recurso de casación y con fecha 24.7.2003 el tribunal del recurso decidió anular la sentencia –por inobservancia de normas procesales relativas a la forma de la

<sup>355</sup> Vid. las demás posibilidades en materia de consecuencias de la violación del plazo razonable en Pastor, cit. n.a 8, pp. 503 y ss.

<sup>356</sup> Por ello he criticado esta solución compensatoria en *ib.*, pp. 504 y ss.

declaración de testigos cuyo testimonio fue valorado en la decisión– y reenviar la causa a nuevo juicio ante otra sala del tribunal *a quo*.

El nuevo juicio comenzó el 6.2.2004 y no había finalizado al momento de la sentencia del BVerfG. Debido a problemas de salud del acusado las sesiones no podían durar más de tres horas por día. Hacia finales de julio de 2005 se habían celebrado 78 días de audiencia. Entretanto el imputado había solicitado su excarcelación e, inclusive, la suspensión del proceso por incapacidad para estar en juicio. Estos planteos fueron una y otra vez rechazados en varias instancias. Se sostuvo que el peligro de fuga subsistía en razón de la gravedad del hecho, de la gran probabilidad de una condenación severa y de la falta de vínculos sociales por parte del acusado. Fue descartada una duración excesiva de la prisión preventiva y del proceso en atención a las circunstancias del caso (complejidad de los hechos, anulación de una sentencia definitiva y reenvío, dificultades de salud del imputado que impedían un juicio más rápido). En resumen, se resolvió que “la prisión preventiva, a pesar de su inusual larga duración, seguía resultando proporcionada a la importancia de la causa y a la pena que se espera” y que los fines de la medida no podían ser sustituidos por la aplicación de remedios menos drásticos<sup>357</sup>.

“N” llevó el caso ante el BVerfG el 19.7.2005. Al tiempo de la decisión del Tribunal Constitucional Federal, el imputado llevaba algo más de ocho años en prisión preventiva. El BVerfG reiteró, ante todo, su jurisprudencia en la materia: “La injerencia en la libertad sólo es tolerable si, y en tanto que, la pretensión legítima de la comunidad estatal a un esclarecimiento completo del hecho y a una rápida condenación del culpable no pueda ser asegurada de otro modo que no sea la privación provisional de la libertad de un sospechoso”<sup>358</sup>. El Tribunal reconoció que el problema de la excesiva duración del encarcelamiento preventivo era en verdad una cuestión relativa a la prolongación indebida del proceso. Así, consideró que “el principio de celeridad se refiere a la totalidad del proceso” y que, más allá de la protección de la libertad en caso de prisión preventiva, este principio encontraba sus raíces en el derecho del imputado a un proceso leal y adecuado al Estado de derecho<sup>359</sup>. Fiel a la metodología jurisprudencial contemporánea, que en todos los casos encuentra tensiones entre dos polos opuestos que se resuelven con una ponderación o puesta en equilibrio (“balance”) de los intereses enfrentados<sup>360</sup>, el Tribunal trata de establecer si la prisión preventiva impuesta en este caso, en tanto que afectación relevante de derechos individua-

---

<sup>357</sup> Párrafo A, I, 5, de la sentencia bajo análisis, que está publicada en NJW 2005, pp. 3485 y ss.

<sup>358</sup> Párrafo B, I, 1, de esta sentencia.

<sup>359</sup> Párrafo B, I, 2.

<sup>360</sup> En tono crítico respecto de la jurisprudencia de la ponderación en esta materia, *vid.* Pastor, cit. n.a 8, pp. 503 y ss.

les, no es ya abusiva frente a los fines que se pretende asegurar y que constituyen también intereses de la mayor importancia<sup>361</sup>.

En este sentido, el BVerfG resolvió anular la decisión de mantener en prisión preventiva a “N”. Para ello refutó todos los argumentos utilizados por los tribunales inferiores para justificar la persistencia de la medida a pesar de su excesiva duración<sup>362</sup>. Sus razones, en concreto, rezan:

- (a) Los retrasos del proceso producidos por la anulación de la sentencia condenatoria y el reenvío a nuevo juicio eran imputables al Estado y no al imputado, dado que el proceso había sido anulado por defectos en su realización.
- (b) La duración del proceso debía ser computada en su totalidad para determinar si era excesiva o no. En esto descartó la tesis de sólo tener en cuenta el tiempo transcurrido con posterioridad a la anulación de la primera sentencia. Una visión completa de todo lo actuado demostraba la existencia de “

unos retrasos procesales evitables e imputables únicamente a las autoridades de la persecución penal y a los tribunales, los cuales, en el campo de la ponderación entre el derecho a la libertad del recurrente y las facultades estatales de persecución penal, llevan a la conclusión de que ya no está permitido disponer la continuación de la prisión preventiva. *En un Estado de derecho resulta constitucionalmente intolerable que después de ocho años de prisión preventiva las autoridades de la persecución penal y los tribunales tengan entre manos nada más que una sospecha vehemente*”<sup>363</sup>.

- (c) A medida que aumentaba la duración de la prisión preventiva, la balanza de la ponderación, según jurisprudencia constante del BVerfG, se debía inclinar más para el lado del derecho a la libertad que para el de los intereses de la persecución estatal. La sola gravedad del hecho no puede justificar unos extensos retrasos en la conclusión del proceso, sobre todo porque se trata de retrasos evitables e imputables a las autoridades públicas.
- (d) Ningún interés prevaleciente en la punición efectiva de hechos gravísimos puede justificar la continuación de un encarcelamiento provisional que ya lleva más de ocho años. Seguir ejecutando dicha medida cautelar bajo esas circunstancias es un hecho desprovisto de todo fundamento defendible.

Por todo ello, el BVerfG sentenció que en el caso se había producido una violación del art. 2, inc. 2, párr. 2, de la Ley Fundamental (“la libertad de la persona es inviolable”), anuló la resolución judicial recurrida y reenvió el caso

<sup>361</sup> Párrafo B, I, 2, de la sentencia tratada.

<sup>362</sup> Los argumentos en cuestión están desarrollados en el párrafo B, II, de la sentencia.

<sup>363</sup> Párrafo B, II, 1, b, de la sentencia (lo destacado me pertenece).

para que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos de su sentencia<sup>364</sup>.

En este precedente, actual y de suma relevancia, se observa una comprensión correcta del problema, igual a la que se defiende en este trabajo: el nudo gordiano de la prisión preventiva es la duración del proceso.

#### 6.3.2.4. *El paso que falta dar: el plazo de la prisión preventiva como plazo del proceso*

Estos precedentes recientes ponen de relieve que debajo de la alfombra de la duración de la prisión preventiva está escondido el problema de la duración del proceso y que, por tanto, para terminar con las dificultades en materia de encarcelamiento provisional es preciso terminar con la excesiva duración del enjuiciamiento. La conexión establecida por las sentencias estudiadas precedentemente es la base sobre la cual se debe construir la solución al problema de la privación procesal de la libertad.

Pero hasta ahora sólo se han fijado plazos para la duración de la prisión preventiva y no para la duración del proceso, salvo, excepcionalmente, en el caso

<sup>364</sup> Esta sentencia del BVerfG ha desatado una guerra judicial. El tribunal encargado de dictar la nueva resolución, el OLG Düsseldorf, entendió, con fecha 8.11.2005, que la decisión del BVerfG no declaraba la contrariedad a la Constitución del encarcelamiento provisional de “N”, sino que invalidaba la motivación empleada para sostenerlo y que obligaba solamente a volver a examinar, esta vez siguiendo las indicaciones del BVerfG, si la prisión preventiva de “N” debía continuar. El OLG reconoció el derecho fundamental del imputado a la libertad pero sostuvo que “N”, igual que al principio del proceso, seguía, en efecto, siendo vehementemente sospechoso de haber asesinado a seis personas y que los retrasos producidos en el proceso eran razonables sin que pudieran atribuirse a las autoridades, sino a las contingencias de la causa (la posibilidad de la anulación de la sentencia condenatoria y del reenvío estaba autorizada por el orden jurídico) y a objetivas dificultades probatorias y de otro tipo. Por ello mantuvo en prisión al imputado. Los defensores llevaron el caso nuevamente al BVerfG el cual el 5.12.2005 resolvió que a su juicio los retrasos del proceso, en contra de lo resuelto por el OLG, eran imputables a las autoridades, especialmente la necesidad de realizar un nuevo juicio ante la anulación, por defectos procesales, del primero, así como toda una serie de retrasos que detalló. Además, consideró que la decisión de la Sala del BVerfG del 25.9.2005 era, según la ley, obligatoria para el OLG igual que si hubiera sido pronunciada por todo el Tribunal Constitucional, por lo cual consideró que la omisión de respetar la jurisprudencia vinculante había lesionado el derecho del imputado a contar con jueces sometidos al derecho. Para esta sentencia del BVerfG, por muy grave que sea el hecho y por muy peligroso que parezca el imputado, el juicio penal tiene que ser rápido y esa peligrosidad no puede ser neutralizada con el mantenimiento del imputado en prisión preventiva por tiempo indeterminado. El BVerfG decidió anular la resolución del OLG y, ejerciendo una justificada competencia positiva, puso en libertad inmediatamente a “N”. La lucha judicial continua, pues en una sentencia posterior, el BGH (Tribunal Supremo Federal), en un caso similar (prisión preventiva prolongada de un acusado de homicidio) se apartó expresamente de las sentencias del BVerfG de 23.9 y 5.12.2005, particularmente en lo que respecta a considerar al juicio de reenvío siempre como un retraso del procedimiento que se debe cargar en la cuenta del Estado (sentencia del 7.2.2006). Este último punto (el reenvío puesto en la picota por el Tribunal Constitucional Federal) presidirá indudablemente los debates que se producirán en torno de esta materia en el futuro inmediato.

de algunas pocas legislaciones aisladas. Sin embargo, y éste es el punto saliente de la tesis que aquí defiendo, al fijarse un plazo máximo para la extensión temporal de la prisión preventiva se ha fijado también tácitamente la duración máxima del proceso en su conjunto.

Esta posición parte de la idea de que se ha comprendido ya que la prisión preventiva sin lugar a dudas debe estar limitada en el tiempo por la ley, aunque sorprendentemente no se ha llegado a la misma conclusión aún para todo el proceso, lo cual resulta problemático. Ello ha originado, además, otra situación conflictiva, esto es, que el proceso continúe con la prisión preventiva ya agotada. Esto nos lleva a consentir procesos sin límite temporal que conducen a que la prisión preventiva tampoco pueda realmente tenerlos y, al no tenerlos, todos los problemas de la prisión preventiva, y no sólo el de sus límites temporales, quedan sin resolver. Se transforma así su función de excepción a regla, y pasa de ser una institución procesal a convertirse en una sustantiva, tal como lo denunció hace mucho tiempo Zaffaroni, según ya fue citado. Superar todos los inconvenientes que ello supone requiere aprovechar la existencia de los plazos legales máximos para la duración de la prisión preventiva, entenderlos como tales, es decir, con carácter fatal, y extender la caducidad de la prisión preventiva al proceso mismo.

Los plazos de duración de la prisión preventiva deben ser tomados jurídicamente en serio y no como lo hace la jurisprudencia dominante que, en un caso patológico de arbitrariedad judicial, sostiene que el plazo de la prisión preventiva (o del proceso) no se mide en días, semanas, meses o años y que, cumplido (aunque, por lo antedicho, ningún ser humano sepa cuándo), no impide necesariamente que la prisión preventiva (o el proceso) continúe válidamente<sup>365</sup>. ¡Vaya noción de plazo! Esta jurisprudencia fatiga la tolerancia del jurista con su idea acerca de que cumplido el plazo máximo fijado por la ley para la duración de la prisión preventiva la liberación del imputado no es automática y hay que examinar todavía si subsiste el temor de que se fugue. Este argumento marcadamente decisionista no parece percatarse (o no quiere percatarse) de que el imputado estaba aún en prisión preventiva, al cumplimiento del plazo, porque había temor de fuga. Traslade el lector esta idea sobre el significado de los plazos a los previstos para recurrir y borre después de sus libros toda mención referida a la cosa juzgada<sup>366</sup>.

En cambio, con la vista puesta en el derecho y su metodología, sólo se puede afirmar que cumplido el plazo máximo de duración de la prisión preventiva ya no puede haber más prisión preventiva legítima.

<sup>365</sup> Sobre todos estos aspectos *vid.* Pastor, cit. n.a 8, pp. 438 y ss.

<sup>366</sup> Análoga, en lo sustancial, es la crítica de Ottaviano, cit. n.a 95, pp. 233 y ss., especialmente pp. 238 y s.



La duración de la prisión preventiva entonces, “no podrá ser superior a” un plazo fijo. A su vez, el proceso penal no puede ser concebido, por irrealizable, sin la utilización del encarcelamiento provisional en caso de necesidad. Así, agotado el plazo máximo de duración de la prisión preventiva el proceso ya no puede continuar, salvo como proceso voluntario<sup>367</sup>. Si tenemos en cuenta que la última alternativa no puede ser considerada seriamente, sobre todo porque representaría siempre un sinnúmero de esfuerzos inútiles para llevar adelante procesos que se sabe ya prematuramente –de hecho– terminados, y ello en detrimento de la eficaz atención de aquellos que todavía pueden ser exitosamente realizados a tiempo, entonces con el cumplimiento del plazo de duración del encarcelamiento preventivo se debe considerar cumplido también, sin más, el plazo máximo de duración tolerable del proceso penal en sí mismo.

Así quedan resueltos, a la vez, el *problema de la duración* del proceso y *casi todos los problemas* que plantea la institución de la prisión preventiva.

Esto rige, sin lugar a dudas, si el plazo de duración del encarcelamiento preventivo previsto coincide con la estimación lógica de lo que debería ser el plazo máximo tolerable<sup>368</sup>. Pero se debe remarcar que, si la ley hubiera optado por un plazo de duración de la prisión preventiva, perfectamente válido, de sólo algunos pocos meses, sí sería posible una renovación del encarcelamiento del imputado en caso de una rebeldía subsecuente ya que, de alguna manera, se debe reconocer que él no había estado detenido en el proceso todavía un tiempo intolerable. En ese ejemplo, de lo que se trata es de que, en un principio, se ha hecho valer con mayor intensidad el requisito del juicio previo a la pena, de forma tal que el sospechoso, al no haber sido juzgado rápidamente, es liberado durante el proceso y sólo ante su resistencia a la realización del procedimiento renace para el Estado la facultad de encarcelarlo si, además, todavía es posible hacerlo sin afectar el plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo. Pero cuando el límite temporal de esa medida cautelar coincide con el plazo máximo tolerable razonable, tal cual sucede en el supuesto de la ley argentina (de dos o tres años según los casos), entonces producida la liberación del inculpaado ya no es posible renovar su privación de libertad durante el proceso sin dañar irremediable e irreversiblemente el principio del necesario juicio previo y la garantía del imputado a que la duración de su detención provisional no traspase el límite de lo razonable. Por ello, y hasta tanto el plazo máximo de duración del proceso

---

<sup>367</sup> En las consideraciones sobre este punto reproduzco los argumentos ya sostenidos en Pastor, cit. n.a 8, pp. 492 y ss.

<sup>368</sup> La legislación argentina establece un plazo máximo general de dos años para la duración de la prisión preventiva, lapso que se extiende desde el inicio de la medida y hasta la sentencia condenatoria de primera instancia aunque sea recurrida. El plazo se prorroga un año más en casos complejos.

penal sea regulado legalmente, se debe reconocer que ese lugar es ocupado por el plazo previsto como máximo para el encarcelamiento preventivo.

Este argumento sirve también, por retroalimentación, a asegurar el derecho del imputado a un plazo máximo para su prisión preventiva y, con ello, a impedir que esa institución pueda ser sometida a tareas ajenas a su excepcionalidad funcional. Si el procedimiento penal pudiera durar más que la prisión preventiva no sólo el enjuiciamiento carecería de límites absolutos y precisos, sino que también la duración del encarcelamiento preventivo los perdería, ya que el imputado podría volver a ser encarcelado si lo exigieran las contingencias de la causa o su propia actitud de hostilidad frente a sus obligaciones procesales. Con la interpretación aquí propuesta se superaría el difícil escollo de aceptar la cesación de la prisión preventiva por el transcurso del tiempo y continuar con un proceso penal encerrado en una situación dilemática o insoluble, dado que un proceso tal o, bien, carecerá de capacidad de coacción o, bien, violará el límite de duración máxima del encarcelamiento preventivo. Los intentos realizados para cumplir a la vez con la sustanciación del proceso hasta el final y no dañar la garantía a que la prisión preventiva no exceda de un plazo máximo, cuando éste ya ha sido alcanzado, si bien inteligentes, han resultado insuficientes en casos extremos. Así, por ejemplo, reglas como las proyectadas en el Código Maier<sup>369</sup> no dan aquí una respuesta adecuada a todos los casos imaginables: siempre bastará la comprobación del peligro de fuga para que el imputado sea nuevamente privado de su libertad hasta el final del juicio, en tanto su rebeldía persista. Con ello resulta evidente, también, que no puede hablarse en verdad de un límite máximo y absoluto para la duración del encarcelamiento provisional (*plazo material*) sin que sea a la vez el límite máximo para el procedimiento, sin perjuicio de que la ley pueda regular una duración de la prisión preventiva inferior a la máxima jurídicamente tolerable (*plazo formal*), de manera tal que, en ese caso, cuando sea necesario renovarla, el Estado mantenga todavía un “saldo” de esa facultad cuya duración temporal máxima todavía no ha sido agotada. Ello significa que esta “segunda prisión preventiva” sólo podrá durar tanto como el tiempo remanente que quede entre el período de detención ya ejecutado y el límite máximo de duración de la prisión preventiva que, además, según la tesis aquí defendida, es, a la vez, también, el plazo razonable para la duración de todo el procedimiento.

Si hipotéticamente trabajamos con un plazo máximo de prisión preventiva de dos años (plazo material), se plantea el problema de qué debe suceder si, liberado el imputado al cumplirse un período de seis meses previsto como plazo formal, —“sin perjuicio de que continúe el proceso” (CADH, art. 7.5)—, debe ser privado provisionalmente de su libertad otra vez, con posterioridad, para cum-

<sup>369</sup> Proy. de CPP para la Nación Argentina de 1986, art. 208.

plir los fines del procedimiento frente a una nueva amenaza concreta (fuga, p. ej.). Esto sólo sería posible bajo tres condiciones: la primera es que el imputado haya sido liberado al cumplirse el plazo de prisión preventiva previsto por la ley (*agotamiento del plazo formal*), seis meses en el ejemplo; según la segunda, él debe haber dado lugar a la necesidad de ser detenido nuevamente (*estado voluntario de rebeldía procesal*); y la tercera, que el tiempo de prisión preventiva no supere en total (contadas la primera y segunda detención, como también todas las demás posteriores, dado el caso) el límite de razonabilidad máximo (*agotamiento del plazo material*), fijado en dos años en esta hipótesis de trabajo.

Así, el Estado puede fijar por ley los plazos material y formal de duración de la prisión preventiva y dejar este último por debajo del primero, que es el límite máximo de razonabilidad. En este caso, el Estado se “reserva un resto” de prisión preventiva, cumplido el plazo formal y liberado el imputado, para aplicarlo a las posteriores detenciones que sean necesarias y sólo si son necesarias por nuevos motivos. Pero una vez cumplido el *plazo formal*, aun cuando, por definición, sea inferior al razonable o material, el imputado debe ser liberado a pesar de que subsistan las razones que fundaron su prisión preventiva, debido a que, de otro modo, ni siquiera se podría hablar de límite temporal de la prisión preventiva (no habría tal plazo formal), toda vez que ello supone *sine qua non* la existencia de una prisión preventiva fundada<sup>370</sup>. Después de ello, sólo podría volver a ser detenido en caso de que se sustraiga a una citación o a otra obligación de comparecer en el proceso y *como máximo sólo hasta el agotamiento, en total, del plazo material* (tiempo máximo tolerable).

Por estas razones, los plazos establecidos como máximos para la duración de la prisión preventiva deben ser entendidos, en abstracto y analógicamente, como plazos dentro de los cuales deben ser juzgadas las personas imputadas de haber cometido un delito, con total independencia de que sean o no detenidas durante ese proceso o, incluso, cuando, por cualquier circunstancia, pudieran permanecer privadas de su libertad más allá de tales plazos<sup>371</sup>, cuestión que

---

<sup>370</sup> El plazo de la prisión preventiva no debería ser inobservado, tal como lo hace cierta tendencia de la doctrina y la jurisprudencia, porque al cumplirse subsista el peligro de fuga, dado que ello, como se dijo, es un presupuesto de la prisión preventiva que se descuenta existente al tiempo de cumplirse el plazo. De otro modo, lo que se limita no sería una prisión preventiva, ya que como tal debería haber cesado al desaparecer el motivo que la justificó (p. ej. el peligro de fuga), sino que se trataría de una privación ilegítima de la libertad (*vid.*, más detalladamente con respecto a los vicios de la opinión aquí criticada, Pastor, cit. n.a 2, pp. 290 y s., con toda la información relevante). El criterio criticado confunde la *provisionalidad* de la prisión preventiva, que obliga a su cesación cuando desaparecen los motivos, con la *temporalidad* de la medida, que obliga a que cese cuando se cumple un plazo aunque subsistan los motivos (*vid.* Asencio Mellado, *La prisión provisional*, Madrid, 1987, pp. 43 y ss.).

<sup>371</sup> p. ej. en virtud de una disposición inconstitucional que excluya de tales límites delitos determinados.

dependerá, al igual que la duración de la medida, de las reglas aplicables a la prisión preventiva como tal<sup>372</sup>.

Este criterio evita interpretaciones jurisprudenciales de la ley tan perversas como aquella según la cual el límite positivo impuesto para la duración máxima de la prisión preventiva puede ser dejado de lado por los jueces, interpretación que ha conducido a que ciertos encarcelamientos preventivos puedan superar los plazos legales<sup>373</sup>. Con un sistema que impide la continuación del procedimiento cuando se ha alcanzado el máximo de duración total tolerable de la prisión preventiva, estos abusos de poder ya no serán posibles.

Se debe dejar sentado, también, que el establecimiento por ley de la duración máxima del proceso, cuya incorporación legislativa futura parece ser inevitable de acuerdo con la evolución normal del fenómeno de profundización de los derechos fundamentales no podrá desconocer el sistema de vinculaciones con el plazo de la prisión preventiva, en la medida en que se quiera contar con un orden jurídico racional y democrático.

En definitiva, si se admite que la prisión preventiva debe tener una duración máxima tolerable, se acepta también, necesariamente, que el proceso debe ser realizado dentro de ese plazo. Dado que ese lapso marca una pauta de valor acerca del tiempo máximo tolerable para hacer un proceso, hasta tanto la ley no fije un plazo máximo de duración para los juicios penales sin detenidos, el lapso máximo permitido para llevar a cabo el proceso con el imputado en prisión preventiva será también el límite para todos los casos.

<sup>372</sup> De otra opinión es la Comisión de Derechos Humanos de la OEA (*vid.* Informe 12/96, puntos 109 y ss.) que distingue artificialmente entre dos plazos razonables de duración del proceso según que el imputado esté detenido (CADH, art. 7.5) o no (CADH, art. 8.1), desconociendo con ello, además, que si el proceso puede continuar después de que el imputado debió ser puesto en libertad por haber agotado en prisión preventiva el plazo razonable del art. 7.5 sin haber alcanzado el plazo razonable del art. 8.1 en verdad no se ha tomado en serio el plazo máximo de la prisión preventiva, pues si el proceso sigue la facultad de volver a encarcelar provisionalmente al imputado en caso de necesidad debe continuar de modo inevitable (mayores detalles, en parte críticos y en parte aprobatorios de esta doctrina de la Comisión, pueden ser vistos en Ottaviano, cit. n.a 95, pp. 214 y ss.).

<sup>373</sup> Una versión la brinda la Comisión de Derechos Humanos de la OEA que, después de una pésima lectura de la peor jurisprudencia del TEDH sobre el punto, importa mal sus criterios y los aplica a casos en los cuales la legislación interna del país afectado no estaba en la misma situación que la de aquel al que se referían esos precedentes. De esta forma, la Comisión aceptó que la República Argentina pudiera dejar de lado el plazo establecido por la ley como máximo tolerable para la duración del encarcelamiento preventivo (Informe del caso "Firmenich", en ED, t. 134, pp. 173 y ss.; *vid.* Pastor, cit. n.a 3, p. 285). Este criterio, como otros intolerables vertidos antes en esta materia, parece haber sido dejado de lado por la Comisión en pronunciamientos posteriores y especialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo indica Bovino, *El fallo "Suárez Rosero"*, en NDP 1998/B, pp. 631 y ss.

Si el proceso no puede tener una duración excesiva prácticamente todos los problemas de la prisión preventiva –y no sólo el de su duración, pero sí muy especialmente el de su confrontación con el principio que prohíbe imponer penas sin juicio– desaparecen o se reducen a límites tolerables.

#### 6.4 CONCLUSIONES

En tanto sea mantenido un derecho penal de privación de libertad, la prisión preventiva será un instrumento procesal válido, si se la aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de *ultima ratio* del encarcelamiento preventivo exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal.

Pero ello no es suficiente, si lo que se pretende es evitar la utilización desviada o patológica de este instrumento. En efecto, para que sus funciones sean realmente excepcionales –y nada más– es preciso que la duración del proceso esté enérgicamente limitada por plazos de verdad fatales. Pues no basta con declamar que el encarcelamiento preventivo es excepcional y subordinado al aseguramiento de temores procesales para evitar el riesgo de que se abuse de esos peligros. Es sabido de todos que la “pena de prisión preventiva”, que en un punto importante conlleva inevitablemente los mismos efectos que la privación de libertad impuesta por una sentencia firme, es más sencilla de imponer que la “pena” verdadera. También resulta más efectiva. Por ello es habitual que bajo la excusa de los temores procesales se le asigne al encarcelamiento provisional, en realidad, una tarea sustantiva que termina trastocando sus funciones. Así, el temor de rebeldía procesal se convierte en una paranoia de fuga que es fruto de la fobia a la libertad. Por tanto, únicamente un enjuiciamiento penal rápido, tomado en serio como tal, puede impedir aquellos abusos y alejar estos fantasmas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA. De los delitos y de las penas. Trad. de Tomás y Valiente, Madrid. 1969.
- BENTHAM. Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires. 2002.
- BOVINO. Contra la inocencia. En Bertolino/Bruzzone, Estudios en homenaje a Francisco J. D’Albora. Buenos Aires. 2005.
- \_\_\_\_\_. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En AA.VV. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. 1997.
- \_\_\_\_\_. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires. 1998.
- CARNELUTTI. Principios del proceso penal. Trad. de Sentís Melendo. Buenos Aires. 1971.

- DÍAZ CANTÓN. Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción. En Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_. La motivación de la sentencia penal y otros estudios. Buenos Aires. 2005.
- FREUND. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal, trad. de Ragués i Vallès, en Wolter/Freund (comp.), El sistema integral del Derecho Penal, trad. de Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutiérrez/Silva Sánchez, Madrid-Barcelona. 2004.
- FERRAJOLI. Derecho y razón. Trad. de Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995.
- FRISCH. Delito y sistema del delito, trad. de Robles Planas. En Wolter/Freund (comp.). El sistema integral del Derecho Penal. Trad. de Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutiérrez/Silva Sánchez, Madrid-Barcelona. 2004.
- HASSEMER. Los presupuestos de la prisión preventiva. Trad. de Ziffer. En Hassemer. Crítica al derecho penal de hoy. Buenos Aires. 1995.
- JAKOBS. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. de Cancio Meliá. En Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo. Madrid. 2003.
- KOHLMANN. "Überlange Strafverfahren" - bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden?" En AA.VV. Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln-Berlin-Bonn-München. 1988.
- LLOBET RODRÍGUEZ. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Freiburg im Breisgau. 1995.
- \_\_\_\_\_. La prisión preventiva. San José. 1997.
- MAIER. Derecho procesal penal. Buenos Aires, t. I, 1996; t. II, 2003.
- OTTAVIANO, "¿"Libertad provisional" o "derecho a la libertad"?", en RDPP, Excarcelación - Doctrina, Buenos Aires. 2005.
- OTTAVIANO. La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal. En AA.VV. Los derechos humanos en el proceso penal. Buenos Aires. 2002.
- PASROR. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"? En Maier (comp.). Delitos no convencionales. Buenos Aires. 1994.
- \_\_\_\_\_. El encarcelamiento preventivo En Maier (comp.). El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Buenos Aires. 1993.
- \_\_\_\_\_. El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Buenos Aires. 2002.
- \_\_\_\_\_. Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. En Revista Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, tomo 1996/A, Buenos Aires,
- \_\_\_\_\_. Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites? Buenos Aires. 2004.

- \_\_\_\_\_. La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones. En Llobet Rodríguez (coord.), Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José. 2007.
- \_\_\_\_\_. Las funciones de la prisión preventiva En Revista de Derecho Procesal Penal 2006-I. Santa Fe (Argentina).
- VITALE. La prisión de presuntos inocentes. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, General Roca, 1993, n.º 1.
- Volk, Grundkurs StPO, München, 2005.
- WOLTER/FREUND (comp.). El sistema integral del derecho penal. Trad. de Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutiérrez/Silva Sánchez, Madrid-Barcelona. 2004.
- Zaffaroni, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires. 1989.
- Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires. 2000.
- Zipf, Strafprozeßrecht, Berlin-New York, 1977.

## CAPÍTULO 7

# La ‘cara oculta’ de las garantías procesales

*Perfecto Andrés Ibáñez\**

En una definición ya clásica de Ferrajoli, “garantía” es el término usado para designar “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”<sup>374</sup>. Es sabido que de éstos el más tempranamente y mejor dotado al respecto fue el de propiedad, el “terrible derecho”<sup>375</sup> de Beccaria. Pero hoy también se sabe, al punto de que ha devenido un verdadero tópico cultural, que el vocablo y el concepto de “garantía” remite de manera muy especial al ámbito del proceso y, particularmente, al proceso penal.

En este dato, de notorias raíces ilustradas, hay que ver un efecto del moderno constitucionalismo, con su decisión estratégica de situar de manera efectiva la presunción de inocencia en el centro del orden procesal-penal, y de encuadrarla, consecuentemente, en sí misma y en sus implicaciones básicas, dentro de la categoría de los derechos fundamentales. Esto debido a que tales garantías procesales son relevantes por su funcionalidad esencial a la preservación de los derechos fundamentales conocidos como sustantivos, con los que, por eso, comparten el rango normativo.

La tesis que sostendré es que esta opción constitucional no significa simplemente un avance en relación con el precedente estado de cosas en la materia, con la consiguiente mejora del orden procesal-penal sino un auténtico cambio de paradigma que trasciende claramente ese plano. En efecto, porque la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, impone precisas exigencias de orden jurídico (muy insuficientemente satisfechas, aquí no cabe engaño); pero en tanto que regla de juicio tiene el alcance de dotar reflexivamente de una –podría decirse– nueva dimensión al proceso penal en su actual configuración legal.

\* Magistrado del Tribunal Supremo. España.

<sup>374</sup> L. Ferrajoli, *Garanzie*, en “Parolechiave”, 19/1999, p. 15. Hay trad. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, en “Jueces para la Democracia. Información y debate”, N° 38/2000, pp. 38 ss.

<sup>375</sup> “Terrible y acaso no necesario”, es el calificativo (C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 64-65).



Se trata de una dimensión epistémica o de método, que no está legalmente *tipificada* como tal, es decir, formulada expresamente en lenguaje legal, en el que sí figuran con expresión suficiente, sin embargo, sus presupuestos institucionales, que son también sus condiciones de posibilidad.

Como ha escrito también Ferrajoli, en el proceso penal acusatorio, que es la escenificación de un curso argumental<sup>376</sup>, se produce la transposición a ese terreno de un método de verificación de hechos, a través de la separación y distribución de papeles entre los sujetos que intervienen en el mismo, es decir, las partes y el juez. Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación, esto es, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de ésta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa, que corresponde al imputado. Se trata de garantías que, dice expresamente el mismo autor, designan otras tantas actividades cognitivas; de ahí que a estas garantías –primarias, por básicas, como inherentes a la propia estructura de la actividad– las califique de *epistemológicas*. Luego identifica otras de orden secundario: la publicidad, la oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones. Como es fácil advertir, se trata de garantías o cautelas de orden procesal, porque están destinadas a articular, ordenándolo, un marco de esta clase, tienen como vehículo normas de esa misma índole y atañen a sujetos que son también procesales. Pero, al mismo tiempo, es evidente que en ellas se expresan exigencias que son las idealmente llamadas a presidir cualquier marco de debate racional, que tuviera por fin la obtención de buen conocimiento empírico.

Nuestras Constituciones dotan al jurisdicente de un estatuto y le obligan a operar conforme a una reglas que, en una primera aproximación, ofrecen una vertiente, la más obvia, que es de derecho, en cuanto regulada por normas generales y abstractas de esta índole, de las que se siguen, tanto para aquél, como para los que se relacionan profesionalmente con él en torno a un caso, precisos derechos y deberes, cuyo eventual incumplimiento está conminado con sanciones, que pueden ir desde la simple nulidad o pérdida de valor de los actos a la exacción de responsabilidades de naturaleza administrativa e incluso penal.

Los rasgos definidores del estatuto del juez y el sentido de las reglas que disciplinan su *modus operandi* tienen, como se ha dicho, *prima facie*, un carácter jurídico formal. En efecto, aquél no puede conocer de cualquier tipo de asuntos ni puede hacerlo de cualquier manera: hay pautas organizativas y de división

---

<sup>376</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de p. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero. A. Ruiz Miguel, J. Terradillos, Trotta, Madrid, 2009, p. 144.

del trabajo judicial; deberes de actuar, pero también de abstenerse de hacerlo. Y los actos del oficio están, asimismo, pautados.

Procediendo por reducción a sus constantes estructurales básicas, del que-hacer jurisdiccional puede afirmarse: que precisa de una iniciativa externa; que persigue la determinación rigurosa de si ciertos hechos han tenido o no lugar en la realidad empírica; que con ese fin es preciso acopiar toda la información relevante sobre aquéllos; que esto debe hacerse con la máxima fidelidad al dato objetivo; que, precisamente con ese fin, las actuaciones –por regla– se llevan a cabo con intervención de las partes, de modo que cada una pueda velar por que se tenga en cuenta todo lo que importa para ella; que para asegurar la tendencial objetividad del juicio, éste se atribuye a un sujeto *tercero*<sup>377</sup>, en el doble sentido de ajeno al caso y también a la propia investigación; que sólo si el resultado de ésta goza de plausibilidad, sugiere la existencia de una acción delictiva y está soportado por datos, se da paso al enjuiciamiento; que éste, a su vez, versará sobre la atribución de un hecho delictivo que el que la formula deberá postular y frente a la que el afectado habrá de poder reaccionar; que sobre la existencia o no del hecho imputado tendrá que decidir el juzgador conforme a lo que resulte de la prueba; que la decisión final correspondiente tiene que ser justificada de manera expresa.

Estas vicisitudes se presentan al observador como una sucesión de trámites, articulados en formas procedimentales que son objeto de previsiones legales específicas, al extremo de que las decisiones que imprimen a aquélla el necesario dinamismo necesitan apoyarse en preceptos de la ley procesal. Pero lo cierto es que en el proceso hay mucho más que *trámites*.

En efecto, porque éste es una técnica de averiguación, un medio de adquisición de conocimiento sobre hechos particulares, es decir, relativo a acciones humanas que, en el caso del proceso penal, si interesan, es porque podrían ser penalmente significativas.

Por eso, por la trascendencia de esa clase de actos para quienes los sufren, para terceros, e incluso para la sociedad en general, existe un interés objetivo en obtener sobre ellos un conocimiento de calidad.

Para que ello sea posible, la dimensión jurídica de los actos procesales tiene que asegurar, *garantizar*, un modo de proceder esencialmente respetuoso con

<sup>377</sup> Es como Hobbes caracterizó a quien está llamado a decidir entre contendientes y que, por eso, resulta preciso que “no sea uno de ellos” sino “un tercero” (en *Tratado sobre el ciudadano*, ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, p. 38); una connotación en la que abundó muy expresivamente S. Satta (cfr. *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 32). G. Foschini habló de “*estraneità*” como rasgo caracterizador del juez (en *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1965, I, p. 335).

las reglas del método hipotético-deductivo, a fin de que lo conocido en medios jurídicos, y en general, como la prueba, se ajuste en la mayor medida a las reglas de la inducción, que es el instrumento adecuado para saber de hechos, algo únicamente posible si el juzgador es, además de un operador jurídico cualificado, un operador racional<sup>378</sup>.

En términos generales, puede decirse, según creo, que en un proceso penal de inspiración constitucional eficazmente presidido por el principio de presunción de inocencia como regla de juicio, las dos dimensiones en presencia, la propiamente jurídico-formal y la epistémica o de método, serán complementarias, y el proceso penal concreto se ordenará a la obtención de una verdad de suficiente calidad inductiva como para entender que la afirmación final, nuclear de la sentencia, sobre los hechos goza de certeza práctica; de modo que se puede operar, no sólo convencionalmente, sino *realmente*, con la idea de que el hecho pasado cuya existencia se predica como cierta habría tenido efectivamente lugar.

De todos modos, al final de un curso procesal, incluso por principio, no siempre prevalece la orientación a la obtención de la verdad empírica. En ocasiones, el legislador privilegia, por encima de ésta, otra clase de valores. En general, es algo que ocurre cuando perseguirla con eficacia obligaría a instrumentalizar, degradándolos, otros bienes a los que por convención constitucional se ha decidido dotar de superior rango, poniéndolos por encima de cualquier otro. Por ilustrarlo de una manera emblemática, que marca precisamente la línea de confín del proceso penal constitucional y democrático con el del antiguo régimen, ahí está el principio *nemo tenetur se detegere*, con lo que tiene de constitucional renuncia a la utilización del imputado como fuente de prueba de cargo contra sí mismo. Y la opción legislativa, plasmada normativamente en preceptos como el del art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, de no tomar en consideración las pruebas obtenidas “directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Tengo buenas razones de experiencia para afirmar que, aunque a veces se dan auténticas situaciones-límite, en las que la prevalencia del derecho fundamental preferente en concreto supone una barrera insalvable para el progreso o el buen resultado de la investigación criminal, es abrumadoramente superior el número de ocasiones en las que ese *handicap* de raíz constitucional tiene efec-

---

<sup>378</sup> Sobre esta dimensión esencial –*sine qua non*– del quehacer jurisdiccional, es de obligada referencia el reciente libro de Michele Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti* (Laterza, Roma-Bari, 2009), que le hace objeto de un completísimo tratamiento monográfico, en la compleja pluralidad de sus implicaciones. Ciertamente toma como referencia el proceso decisorio sobre la *questio facti* en el proceso civil. Pero también que, salvo algunas especificidades más procesales que propiamente epistémicas, el modelo con el que opera el autor es perfectamente transferible al proceso penal.

tos bastante más limitados; y todo se reduce, o podría reducirse, a seguir otras vías o a emplear otros medios de investigación y/o de prueba.

Y diré que, en general, la observancia de las reglas constitucionales y legales que rigen nuestros procesos penales de inspiración liberal-democrática puede dar excelentes resultados. Y cuando digo excelentes resultados quiero decir en términos de real eficacia represiva y de eficacia con legitimidad, no sólo en el plano del trato humano a las personas, que tendría que ser una exigencia inabdicable.

La dimensión jurídico-formal del proceso penal es y ha sido siempre, por razones obvias, la más visible, en buena medida porque en esta visibilidad, que es una forma de presencia social, se juega la función simbólica de los correspondientes aparatos. Pero es que, además, la formación de los jueces, fiscales y, en general, operadores del sistema penal ha sido, y sigue siendo, exclusivamente de ese carácter. El efecto ha sido, y sigue siendo, de una inevitable reducción o plasmación tendencial de la dimensión no-jurídica sobre la jurídica, de manera que la primera se ha visto obligada a vivir en una especie de penumbra, oscuridad más bien, que es por lo que en el título de esta intervención me he referido a ella como "cara oculta".

Este régimen ha tenido y tiene como consecuencia que, de modo similar al del burgués gentilhomme de Moliere, los gestores del sistema procesal penal hayan asistido *sin saberlo* al ejercicio de una parte de su propio cometido; hayan sido, y sigan siendo, indagadores de hechos, creyéndose sólo hombres *de derecho*, con el resultado de una inevitable *colonización* de la dimensión epistémica por la jurídica del trabajo jurisdiccional, convertido así, en los expresivos términos de Covián (referidos al proceso civil, aquí, pues, con más motivo) en "hacienda de escribanos y corchetes"<sup>379</sup>, con el efecto de una inevitable tendencia a considerar que, *cuadrada* la cuestión en el plano jurídico: asunto concluido. Algo que, como se verá, sucede con la mayor frecuencia en el ámbito probatorio, con recusables efectos para la calidad de las decisiones.

De todos modos, no sería fiel al dato histórico dejar de decir que la conciencia de la dimensión epistémica del proceso ha estado presente en algunos autores, incluso con una presencia relevante. Lo acredita en especial la también histórica preocupación por la prueba judicial, patente en la denodada, secular búsqueda de algún sistema apto para dotarla de la necesaria objetividad, como lo acreditan asimismo, de manera ejemplar, las sólidas convicciones de teóricos ilustrados como Beccaria, Muratori y Murena de que no podría haber justicia justa de espaldas a la verdad de los hechos. Porque tenían buenos motivos (los peores) para saber a qué conduce la degradación del proceso a trámite burocrático, a fin en

<sup>379</sup> V. Covián y Junco, *El procedimiento penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria*, Fuentes y Capdeville, Madrid, 1886, I, p. 23.

sí mismo, al servicio de la sospecha, que mientras es esto sólo, como dijera con su habitual claridad Pagano, pesa sobre un inocente<sup>380</sup>.

Pero ocurre que esta tensión intelectual ha limitado su presencia al territorio de la doctrina, de la reflexión de orientación más bien filosófica, de escasa proyección en el ámbito de los *prácticos*. Sólo muy tarde, realmente en nuestros días, con tratadistas como Taruffo, Ubertis, Ferrajoli, Lacoviello, puede decirse que este segundo espacio ha comenzado a ser efectivamente permeable a la cultura del proceso que nutre la obra de autores como los citados.

Aun así, en general, lo que prevalece entre los juristas empíricos es la concepción del proceso como una sucesión de trámites, cuya regularidad asegura la calidad de verdad de la decisión que le pone fin, en una especie de *va de soi*, algo que, en efecto, podrá ser cierto en algún porcentaje de supuestos, pero que desde luego no lo es por principio, y menos de esa manera mecánica en muchos otros: los más problemáticos, los que encierran mayor dificultad, precisamente en el plano de la acreditación probatoria.

El principio de presunción de inocencia como regla de juicio, esto es, en su dimensión de método, exige del investigador judicial neutralidad en el punto de partida de su actuación. En ésta tiene que entrar *limpio*, y deberá avanzar en ella sólo a partir de los datos que vaya obteniendo en el curso de la misma. La primera pila de cada investigación judicial (y policial) ha de estar necesariamente *en blanco*, por imperativo del paradigma indiciario que exige del investigador la eliminación de cualquier prejuicio en el punto de partida. Éste sólo podrá ser un dato intersubjetivamente constatable que, en principio, resulte ser *interesante* para el derecho, aquí el derecho penal, en el inicio del proceso, e incluso antes, en las actividades preprocesales. Ello supone que no se puede poner en marcha una actuación policial y judicial por *razones* de olfato ni en virtud de algún golpe de intuición, sino a partir de datos lo bastante objetivables, como para que puedan ser abordados y tratados en régimen de comunicación intersubjetiva.

Obrar así evita que intervenciones tan penetrantes y perturbadoras para quien las sufre, como son las de esa procedencia, se prodiguen de manera arbitraria; y se asegura, además, la calidad de las intervenciones que, de responder a aquella exigencia de partida, será difícil que actúen sobre el vacío de datos. Por eso la persistente exigencia de que la iniciación del proceso penal, los fundamentales primeros pasos del mismo y la adopción de las medidas más drásticas que permite o reclama tengan referentes externos dotados de la necesaria claridad, que haga posible la tendencial objetivación de las actuaciones<sup>381</sup>, que de otro

---

<sup>380</sup> F. M. Pagano, *Logica de'probabili applicata a'giudizj criminali*, Agnello Nobile, Milano, 1806. p. 76.

<sup>381</sup> Es la pretensión que inspira, por ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la presencia de preceptos como los de los artículos: 299, que habla de “averiguar y hacer constar”; 326, que impone al instructor la recogida de los “vestigios o pruebas materiales”; 334 de las “armas,

modo quedarían libradas –según *de facto* y con todo, ocurre lamentablemente con gran frecuencia– a la peligrosa subjetividad incontrolada del investigador policial o judicial.

Como es bien advertible, ya en esa primera aproximación, las dos dimensiones a que se viene aludiendo conviven armónicamente en el punto de partida del *iter* jurisdiccional: el respeto del derecho a la inocencia evitará reprobables actuaciones sin contenido.

En el punto de arranque de la investigación judicial suele haber, según convencionalmente se dice, un hecho penalmente relevante. En realidad se tratará de lo que *prima facie* se presenta como el resultado de una acción humana, que es lo que se trataría de reconstruir en sus elementos definidores, a través del proceso.

En el más tópico de los supuestos, el escenario de esta primera actuación estará poblado de sujetos oficiales, dirigidos por el juez o el fiscal. En su modo de afrontar la situación seguirán las pautas de la ley procesal: registrando y recogiendo todo aquello que pudiera resultar significativo, es decir, informativo, por dotado de alguna capacidad de ilustrar acerca de lo efectivamente sucedido. Visto el asunto del lado jurídico-formal, habrá un acta, se dará un número de registro, se expedirán despachos, mandamientos, podría haber alguna detención... Pero si la actividad desarrollada tuviera ese único perfil, estaría condenada a agotarse en sí misma, se reduciría al cumplimiento de un ritual que, por lo demás, es lo que parecen sugerir esos jueces, abogados y fiscales que, sorprendentemente, creen y dicen en sus escritos ajustar su proceder a una “Ley de ritos” (tal cual).

Pero en la actuación del instructor, y aun cuando sólo fuera de un modo implícito, habiendo trámite hay más que trámite: hay interrogantes, que estarán presididas por una primera hipótesis de trabajo, siquiera sea muy elemental en este momento. Sin esa primera hipótesis serían imposibles las preguntas, no habría modo de interrogar al escenario de los hechos, y un escenario no interpelado con eficacia sería inevitablemente mudo.

No obstante la consistente presencia del perfil burocrático de la actuación, cabe decir que, de todas las judiciales, son, precisamente, las de esta clase aquéllas en las que más ostensible es la presencia de la dimensión epistémica, porque en ella, con todo, las mediaciones de esa otra índole son menores, en efecto, pues frente a los vestigios materiales del posible delito, testigos mudos e inertes de lo sucedido, en ese primer momento, se trata sólo de saber.

---

instrumentos o efectos”. Del art. 492, que exige “motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho” para la detención; 520, que requiere asimismo “hechos” y “razones” objetivables para la privación de libertad. Del art. 384, que condiciona la legalidad del procesamiento a la concurrencia de “indicio[s] racional[es] de criminalidad”.

Constituida *sobre la marcha* esa hipótesis preliminar con los primeros datos, fruto de la observación, de ella habrá que deducir consecuencias: si realmente hubiera sucedido lo que se piensa como posible y de la manera que se piensa, la experiencia sugiere que tendría que haberlo sido con determinados efectos prácticos, de los que debería existir alguna constancia empírica, que, de darse, acreditaría, a su vez, la productividad, la capacidad explicativa de aquélla, confirmando su utilidad.

Tal es el esquema operativo: si esa hipótesis funciona, se ampliará y enriquecerá con el previsible acopio de nuevos datos. En otro supuesto, tendrá que ser desechada a fin de ensayar, con idénticos presupuestos de método, en otra dirección. Si esto no fuera posible, o cuando el nuevo intento no lleve a ninguna parte, se impondrá el sobreseimiento y el cierre de la causa.

En cambio, si la hipótesis demuestra ser efectivamente fructífera y ofrece una satisfactoria explicación de lo sucedido, que se ajusta, en principio, a una previsión del Código Penal y cuenta con el adecuado soporte de pruebas, quien la sustenta tendrá buenas razones para considerarla defendible y, así, la llevará a juicio. Esto sólo debería darse en el caso de que la hipótesis abarque y comprenda armónicamente todos los datos en presencia (los originarios y los sobrevenidos en la investigación): algo que cuando sucede produce el resultado de que realmente *ilumina la escena*. El juicio sobre la calidad de la hipótesis deberá corresponder a otro sujeto, tercero en relación con quien o quienes la hubieran elaborado e intervenido con ese fin en el primer marco de trabajo.

También la articulación del proceso en dos fases debe ser considerada a partir de los mismos dos planos a los que se está haciendo referencia; y vista desde el epistémico, responde claramente a una exigencia de método, pues las hipótesis no se confirman por sí mismas, no se autoconfirman, tienen que ser examinadas *desde afuera* y, así pues, por *otro*.

Y esto no por un exceso de escrúpulo, por un prurito quizá exagerado de rigor formal. En modo alguno. Ocurre que el camino de la elaboración de las hipótesis está jalonado de opciones, de *saltos* a partir de lo (que cabe pensar) que ya se conoce en una dirección que tiene algo de incógnita. Y tanto en el salto como en la evaluación de la calidad de las consecuencias hay margen para el error. A ello se suma el dato bien conocido de los riesgos que para la imparcialidad del investigador judicial sabidamente se derivan de la incidencia de su propia subjetividad, de la dificultad de *poner distancia* en relación con las convicciones adquiridas en el curso de su trabajo, sobre todo cuando ya se ha adoptado una determinada línea en la orientación de éste.

Más aún, como ha recordado Ubertis, evocando conclusiones al respecto de Heisenberg, ni siquiera en el ámbito de la física atómica cabe prescindir de

las modificaciones producidas por la observación sobre lo que es objeto de la misma<sup>382</sup>.

Conviene reparar bien en este dato, para hacerse cargo de la heterogeneidad esencial, *ratione materiae*, normalmente existente entre el sujeto que estudia y el objeto estudiado, en disciplinas científicas como las de referencia. Y también en la calidad técnica del instrumental y de los aparatos conceptuales de uso que, sin embargo, no garantizan la total objetividad del tratamiento, para advertir la lejanía sideral entre tales contextos y el que es propio del trabajo del juez, en el que siempre están implicados valores que lo constituyen íntimamente, bien porque los suscriba, y sean los propios, o justamente por todo lo contrario.

En efecto, éste conoce de acciones humanas, por lo general, negativamente connotadas en el plano moral, ante las que difícilmente podría abstenerse de tomar postura. Las relaciones que establece lo son con otras personas, que por sí mismas, y al margen de los actos de que se trate, difícilmente podrán dejar de *decirle* algo. Actúa, además, como órgano de poder, en última instancia políticamente orientado y con expectativas y demandas de esta clase que satisfacer, a veces proyectadas desde distintos sectores sociales e institucionales con una gran fuerza y capacidad de presión. El judicial es un aparato burocrático, no particularmente sutil, lastrado de inercias y con marcada tendencia a la generación y reiteración de rutinas. Por todo, se halla así expuesto a la influencia, no siempre controlable, de múltiples factores. Pues bien, tal es el contexto en el que se ejerce una actividad que tendría que estar presidida por el máximo rigor en el orden cognoscitivo, pero que es también jurídica y está llamada, por tanto, a producir consecuencias de este orden: un dato que difícilmente podría dejar de proyectarse sobre esa otra *primera* dimensión, sobre la que, para el colmo, y no obstante su importancia, el investigador judicial no cuenta con una auténtica habilitación profesional.

Ferrajoli ha escrito, muy expresivamente, que la jurisdicción es un saber-poder<sup>383</sup> en el que, por tradición, es constatable una inflación de la dimensión de poder que se corresponde con un descuido de la dimensión de saber. Y no sólo tiene razón, sino que aquí radica, precisamente, lo central del problema sobre el que versan estas reflexiones. Y es que en esa tensión saber-poder, en lo que resulte del juego de ambos vectores, se cifra la calidad del *productum* jurisdiccional.

La opción constitucional que se expresa en el principio de presunción de inocencia como bien se sabe, no es sólo un derecho fundamental del imputado, sino la clave de bóveda o piedra angular de todo un sistema, con profundas im-

<sup>382</sup> G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. I Principi generali*, Utet, Torino, 2004, p. 44.

<sup>383</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 45-47.



plicaciones en el plano en que se sitúan estas reflexiones que podrían resumirse en la necesaria priorización de la dimensión de saber.

Idealmente, un proceso con presunción de inocencia pretende llegar a obtener conocimiento sobre hechos eventualmente perseguibles con el máximo respeto a las personas y con el mayor rigor epistémico y no imponer ningún gravamen antes de *saber*, y saber de forma definitiva. Tal es la apuesta. Además, con una particularidad y es que el de presunción de inocencia, como derecho fundamental, no admite derogaciones. Es, por más fuerte que suene, absoluto.

El descuido de la dimensión de saber, del proceso, es patente, según lo puso de relieve Carnelutti, hace ya muchos años, cuando reprochaba a sus colegas la preocupación exclusiva por el proceso en menoscabo del juicio<sup>384</sup>, algo tan cierto como lo es también que la decisión, en cuanto objeto de estudio, ha carecido de presencia en los programas de formación de juristas y hasta de jueces, incluso de una propia sede disciplinar.

Estas observaciones hacen patente el desequilibrio en la interacción de los dos planos del proceso que se consideran, con el resultado de que el cognoscitivo, que tendría que cargar de razón al de poder, legitimándolo y ejerciendo sobre él un efecto equilibrador –de garantía– son muchas las ocasiones en que no lo hace, con lo cual el poder que se ejerce en/a través del proceso incide, podría decirse que en estado puro, sobre quien lo soporta en la calidad de sujeto pasivo.

En tales circunstancias, no se precisa un gran esfuerzo de imaginación para entender en qué medida el propio curso de la obtención de conocimiento a través del proceso penal (cuyo reino, al contrario que el de Heisenberg, no es el de la alta ciencia) *modifica* ya sólo en la (aquí, por su incisividad, muy peculiar) *observación*, el propio objeto de ésta, que es la acción imputada, pero también en cierta inevitable medida al imputado mismo, amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

Hay un libro estremecedor, *El jersey rojo*<sup>385</sup>, de Gilles Perrault en el que el protagonista, un joven problemático guillotinado en 1976, en algún momento del juicio, le dice al tribunal: “Se me había hecho creer que era culpable. Se creó a mi alrededor un ambiente culpabilizante. Después fue necesario que encontrase las pruebas de mi inocencia. Pero cuando traté de exponérselas al juez íeste me

---

<sup>384</sup> “Desde que se formó una ciencia procesal digna de este nombre, casi no se ha hablado del juicio; lo que ocupa a los estudiosos no es el juicio, sino el proceso. Esto quiere decir que han estudiado bastante más el mecanismo que el dinamismo del proceso; han desmontado la máquina pieza a pieza con grandísima atención y han hecho descripciones muy meritorias; pero se han preocupado bastante poco de la fuerza que la hace mover” (F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano Editore, Napoli, 1958, pp. 58-59; hay trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971).

<sup>385</sup> G. Perrault, *El jersey rojo*, trad. E. Sordo, Argos Vergara, Barcelona, 1979.

puso en la puerta! No fui yo el que asesinó a la chiquilla. Nuestros caminos se cruzaron, eso es todo. ¡Y no puedo hacer nada!”<sup>386</sup>.

El crimen de este caso no es un “crimen perfecto” en el sentido más convencional del término, pues no existe un sujeto que después hubiera sido identificado como el verdadero asesino. Pero en rigor debería hablarse de un crimen “procesal”, para referirse al cometido a través del proceso, que tuvo como víctima al imputado Christian Ranucci.

Cuando éste dice que sus caminos se cruzaron se está refiriendo al suyo con el del asesino. No lo conocía, no le constaba haber tenido con él ninguna relación, pero, sin que Christian Ranucci llegara a saber cómo, extrañas circunstancias le pusieron en la trayectoria de aquel durante algún momento, en el curso o en la proximidad de la acción criminal, de modo que pudo desplazar sobre él algún indicio incriminatorio.

Éstos fueron recabados por la policía, que se volcó con la habitual *intensidad* sobre el sospechoso –de una personalidad en extremo débil– durante el período de la detención, mediante interrogatorios interminables, sin asistencia de letrado; con un trabajo que tuvo continuidad a lo largo de una instrucción judicial *a la francesa*: “hay que batir el cobre mientras está caliente”, comentará Perrault. Es decir, una instrucción de corte férreamente inquisitivo, prolongación, por tanto, la más coherente, del *modus operandi* policial, cuyas aportaciones –como suele suceder– no dejarían ya nunca de ser el punto de partida de todo lo ulterior. Para acabar, cerrando el círculo, por constituir también el punto de llegada.

Jean-François Le Forsonney, el abogado inexperto asignado a Ranucci, ya en sede judicial, hablará más tarde de su experiencia sobre el caso:

“Era alucinante, verdaderamente alucinante... Hasta las confesiones, ¿saben ustedes? En ningún momento oí confesiones en el sentido de un relato coherente, con un principio y un final. Porque Ranucci, en cuanto salía de los detalles accesorios no hablaba. Se contentaba con decir: “Sí... sí... sí...” El juez le hacía preguntas y él respondía –cuando respondía– con monosílabos o asintiendo con la cabeza. Luego, el juez dictaba al escribano unas frases bien construidas, cuyo conjunto formaba, evidentemente, un relato coherente. ¡Cuidado! ¡No pretendo insinuar que se “fabricaran” unas declaraciones! Digo, simplemente, que se siguió siempre el cañamazo de las primeras confesiones, que el juez preguntaba: “¿Hizo usted esto o aquello?” Y que un inculpado sumido en la postración se limitaba a contestar: “Sí, sí”. Pero les aseguro que el texto dictado por el juez al escribano, por el simple hecho de estar bien construido, adquiriría una fuerza de convicción que apenas se experimentaba al oír a Ranucci soltar

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 243.

sus asentimientos, hechos con el aire de alguien a quien lo que se dice no le concierne en absoluto”<sup>387</sup>.

Michel Foucault se ocupó de este caso, en realidad del libro en el momento de su aparición, en un texto expresivamente titulado: “Del buen uso del criminal”. Se abre con algunas afirmaciones y una pregunta: “Ranucci, guillotinado el 28 de julio de 1976, ¿era inocente del asesinato de una niña de dos años? No se sabe. Acaso no se sepa nunca. Lo que sí se sabe, de forma irrefutable, es que la justicia es culpable”<sup>388</sup>. Y tenía razón.

Foucault se interroga acerca del porqué de este caso: a qué pudo deberse: “a la parcialidad de la policía, la hostilidad de un juez, la sobrecitación de la prensa?”. Y da una respuesta: “a la pereza” que en la jurisdicción penal tiene su “forma suprema” en “la religión de la confesión”<sup>389</sup>. Cuando, sentencia, con toda la razón del mundo, en realidad, “una confesión, sea cual fuere, no es ninguna solución, es un problema”<sup>390</sup>.

Lo curioso de este último aserto, que suena tan lúcida y eficazmente corrosivo, en la pluma de Foucault, es que, debe decirse, pertenece a la cultura legal, a la de nuestros códigos procesales. Desde luego, a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, cuyo artículo 406 reza: “La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”. Porque, en efecto, el legislador del siglo XIX veía en la confesión, precisamente, *el problema* denunciado por Foucault.

De la confesión como problema fue bien consciente Beccaria, al poner de relieve lo aberrante de la pretensión de hacer que “un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado”<sup>391</sup>, por el “carácter *contra naturam* de toda declaración autoincriminatoria”<sup>392</sup>, que es por lo que el proceso penal liberal, de ascendencia ilustrada, quiso idealmente darle la espalda, desplazando el eje de la institución de la terrible *regina probatorum* a las demás pruebas.

Esta opción, que es mucho más que técnico-jurídica, pues representa un avance histórico, de los que hacen época en materia de civilidad y de cultura, en su dimensión procesal más estricta persigue una finalidad muy precisa: evitar

---

<sup>387</sup> *Ibid.*, pp. 109-110.

<sup>388</sup> M. Foucault, *La vida de los hombres infames*, ed. y trad. de J. Varela y F. Álvarez Uría, presentación de F. Savater, La Piqueta-Endymión, Madrid, 1990, p. 203.

<sup>389</sup> *Ibidem*, pp. 203-204.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>391</sup> C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 52.

<sup>392</sup> V. Grevi, “Nemo tenetur se detegere”. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Giuffrè, Milano, 1972, p. 10.

procesos como el “fulminado” (aquí el viejo participio está plenamente justificado) contra Christian Ranucci, procesos a *piñón fijo*, porque son presididos de principio a fin por una sola hipótesis, destinada, por virtud del método, a convertirse en profecía de las que se autoafirman.

La veracidad de esta afirmación en el supuesto es diáfana, porque en presencia de indicios, ciertamente potentes, que abonaban la hipótesis de la ajenidad del sospechoso al hecho criminal, se operó exclusivamente con los de carácter incriminatorio, justo al contrario de lo que reclama el principio de presunción de inocencia, que es, precisamente, trabajar con todos los datos en presencia y contemplar con rigor inductivo la calidad de todas las hipótesis susceptibles de ser formuladas a partir de los mismos.

El contraste entre los dos antitéticos modos de proceder a que se está haciendo alusión, tan perceptible en este punto, es una escenificación emblemática de la tensión entre los dos, también aludidos, polos de *saber* y *poder* dentro del proceso penal. Mientras la reducción del imputado a la condición instrumental de fuente privilegiada de información contra sí mismo es la más genuina expresión del proceso como aparato de poder *tout court*, la restitución a aquél de la condición de sujeto, inocente por principio, cuya culpabilidad tiene que acreditarse por otros medios, respetando su integridad, con reconocimiento del derecho de defensa, expresa la aspiración a un saber limpio, por limpiamente obtenido, como fundamento de la justicia jurisdiccional. Es, pura y simplemente, la opción constitucional a la que responde en sus grandes líneas la disciplina del proceso penal vigente en nuestros países.

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

El proceso penal del antiguo régimen, de manera explícita y ya en términos de modelo, estuvo dominado por la figura del instructor. Éste, desde el punto de vista práctico, legalmente y también por los usos degradados de la propia legalidad, disponía de un poder de actuación –en particular sobre el cuerpo del reo– prácticamente ilimitado, con fundamento en el principio, muy plásticamente formulado por Pedro de Castro, de que “la sospecha justa es punible”<sup>393</sup>. Así, en la

<sup>393</sup> p. de Castro, *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor D. Alfonso María de Acevedo*, por Miguel Escribano, Madrid, 1778, p. 128 (edición facsímil de Maxtor, Valladolid, 2009, por la que cito).

dimensión *de poder* el de aquél era realmente aplastante, por la práctica ausencia de límites, que incidían de la misma forma en la –muy peculiar– dimensión *de saber*, pues con el principio inspirador a que acaba de aludirse, cerraba de hecho el marco procesal a toda hipótesis alternativa a la estrictamente acusatoria, destinada a prevalecer de manera incondicionada desde el inicio, por la propia unilateralidad del planteamiento inscrito en la misma dinámica institucional.

Por eso la importancia histórica de la descalificación de la confesión, no sólo como *regina probatorum* sino incluso como verdadera prueba (que es lo que expresa el principio *nemo tenetur* correctamente interpretado), pues, idealmente, arranca al imputado de las manos del instructor, despojándolo de la condición objetual de simple *materia prima* del proceso, y obliga al segundo a moverse como investigador en un campo de potenciales elementos de juicio más contrastados y, por eso, también más abierto al contraste de eventuales puntos de vista. Es cierto que por esto solo la de instrucción no dejará de ser una actividad unilateral esencialmente abierta a usos desmedidos y acríticos de la subjetividad: para llegar aquí al (siempre limitado) equilibrio posible tendrá que entrar en juego el principio de contradicción en esta fase del proceso. Pero qué duda cabe de que la tendencial disociación entre saber procesalmente relevante y violencia sobre el imputado, aparte de mejorar la situación personal de éste y de abrir, enriqueciéndolo, el espectro de las fuentes de prueba, provocará también un cambio, diría que (por más que modesto) de cualidad, en el propio *modus operandi* del investigador judicial, al rebajar la significación de su condición de sujeto *de poder* en el conjunto de su perfil de actor oficial.

Nuestras legalidades y realidades procesales han experimentado variaciones de relieve, sobre todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado. Ciertamente decisivas las que se concretan en la constitucionalización de las reglas del que hoy se conoce como justo proceso; de mucho menor recorrido en lo que relativo a la incidencia de las mismas en la pétrea realidad de las prácticas y las rutinas burocráticas de la Administración de Justicia. Aunque cuando, como es mi caso, se tiene con buen fundamento empírico la evidencia del carácter realmente barroqueño de éstas, se experimenta también (debo confesarlo) cierta tendencia a no banalizar ningún atisbo de mejora producido en este campo atormentado, en el que sintomáticamente las denuncias de Beccaria mantienen su actualidad.

Uno de los avances más constatables –pienso en situaciones como la española– es el de la vigencia alcanzada por principios como el de presunción de inocencia y el de contradicción. Avances –resulta obligado expresarlo– limitados, y siempre contradictorios, por la –también entre nosotros– incontenible *marcha triunfal del procedimiento penal americano*<sup>394</sup>, que se expresa en una política

---

<sup>394</sup> Me sirvo, eliminando los signos de interrogación, ciertamente retóricos en el uso del propio autor,

legislativa drásticamente orientada a prescindir del juicio oral para los llamados *delitos menores* (también penados en muchos casos con años de cárcel). Pero lo cierto es que los principios mencionados, como el imperativo de motivación de las resoluciones judiciales, tienen sensible mayor presencia a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Ahora bien, retomando el hilo conductor de estas reflexiones, lo que acaba de afirmarse reclama de inmediato otra afirmación: con todo, e incluso pensando sólo en los procesos que culminan en el juicio oral, el sentido, el modo de producirse la tensión entre las dos dimensiones –*poder-saber*– constitutivas del proceso penal, con la tendencial prevalencia de la primera, no ha variado en términos esenciales. Ha experimentado, eso sí, un cambio sustancial en el campo de la semántica, y no negaré que también alguna inflexión positiva, pero, no me parece, una transformación sustantiva en lo fundamental: que es el relevante papel de la instrucción para el resultado del proceso.

Es por lo que, en mi opinión, el modo de ser de la relación entre la fase de investigación y la del juicio oral, en concreto, la incidencia (la frecuente prevalencia) de las aportaciones de la primera en los resultados de la segunda, constituye un escenario privilegiado para examinar el juego real, la verdadera forma de interacción de las dos dimensiones del proceso, de las dos caras de las garantías procesales. Veámoslo.

Es un tópico consolidado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que auténticas pruebas lo son sólo las *realizadas* en el juicio oral. Esto debido a que el principio de contradicción debe regir, con carácter actual, *en la* formación de la prueba y ésta realizarse con intermediación ante el propio juzgador. El corolario es que las diligencias sumariales son actos de investigación que no constituyen en sí mismos pruebas, pues su finalidad no es fijar definitivamente los hechos sino preparar el juicio.

Al mismo contexto de doctrina procesal pertenece el aserto de que, no obstante, y con carácter excepcional, es posible atribuir auténtico valor probatorio a las diligencias de la instrucción, siempre que se hubiesen practicado ante el juez de instrucción con las formalidades legales y se hubieran “reproducido” en el juicio mediante lectura.

De estarse, incluso, ya sólo a la pura literalidad de los términos de este planteamiento, si únicamente son auténticas pruebas las producidas de conformidad con el primer esquema, habrá que convenir que no lo son las del segundo tipo. En efecto, pues en su práctica habrá faltado contradicción actual ante el juzga-

---

del título de un trabajo de B. Schünemann, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, trad. de S. Bacigalupo, en *Jornadas sobre la 'Reforma del Derecho Penal en Alemania'*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 ss.

dor y también intermediación de éste, es decir, genuina jurisdiccionalidad en la formación de la prueba.

No se cuestiona aquí la posible legitimidad del recurso a tal clase de expedientes, en presencia de algunas situaciones determinantes de la imposibilidad de operar del modo *canónico* primeramente enunciado. Por lo demás, se trata de opciones acogidas en la generalidad de las legislaciones. Así, no es este el problema, por más que tales opciones tengan siempre algo de problemáticas, en la medida que pueden gravar, como gravan, la posición del imputado, desde el punto de vista de la eficacia de su derecho de defensa.

El problema que me interesa subrayar tiene que ver con el modo habitual de justificar estos modos de proceder, visible en multitud de sentencias. En efecto, cuando, en el caso de mayor recurrencia estadística, por la imposibilidad de examinar a un testigo de cargo en el acto de la vista se recurre a la lectura de su declaración, de darse las exigencias legales y jurisprudenciales vigentes al respecto, habrá que hablar de *regularidad* del trámite. Y, en este sentido, la calidad formal del acto de que se trate podrá decirse salvaguardada.

Pues bien, si el resto del discurso acerca de lo aportado por ese medio probatorio pudiera discurrir en ese mismo plano, es decir, el de la exclusiva formalidad jurídica, porque el resultado de prueba fuera legítimamente derivable de este dato, cabría cuestionar el modelo como modelo, pero no el modo de proceder, de conformidad con él.

La cuestión es que en nuestro sistema, presidido por el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, *una cosa* es la formalidad del acto, como precondition formal-legal de su legitimidad y de la toma en consideración, y *otra* la calidad convictiva de lo que aporte. Porque el proceso, como se ha dicho con reiteración, ha de ser una sucesión de trámites ajustados a la legalidad, pero *también* y en paralelo, un instrumento de obtención de conocimiento de calidad sobre los hechos objeto del mismo. Ambos planos del asunto deben mantenerse netamente diferenciados, y tal imperativo impone al juzgador un cierto desdoblamiento de su personalidad como profesional, pues tiene que actuar como jurista en la vertiente de derecho; y hacerlo como operador o, valga la expresión, *conocedor* racional, en la vertiente epistémica de su actividad.

Un enjuiciamiento de calidad sólo se dará allí donde concurra el necesario rigor en el *modus operandi* en cada uno de esos terrenos: el de la validez de los actos de prueba (plano jurídico-formal de garantía de derechos) y el de la calidad informativa de lo que aporten (plano epistémico, netamente extrajurídico). Por eso, no concurrirá un enjuiciamiento de ese tenor allí donde se produzca una reducción desgraciadamente muy habitual. Me refiero a la que –herencia del sistema de la prueba legal– lleva en tantas ocasiones a inferir, por ejemplo,

que la afirmación inculpativa producida en el contexto de una declaración regularmente introducida en el juicio mediante lectura *prueba* por ese solo marchamo de *regularidad*, con lo que la apreciación relativa a la regularidad desplaza, suplanta a la imprescindible sobre la calidad informativa de los datos que tendría que evaluarse en el marco de todos los demás, de cargo y de descargo, y atendiendo a una particularidad: la de que, no obstante y a pesar de la regularidad burocrática de la actuación, podría tratarse de elementos probatorios obtenidos no en el curso de una de las que (como hemos visto) se califican jurisprudencialmente de “auténticas pruebas”, sino merced a un sucedáneo de éstas, del que, en realidad, estarían ausentes, precisamente, los rasgos imprescindibles para dotarle de esa *autenticidad*, en particular el de contradicción actual en el examen de la fuente de prueba que, como se sabe, tiene importantísimas implicaciones de método.

En la jurisprudencia española relativa al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza la introducción en la vista mediante lectura de diligencias practicadas en el sumario, pueden obtenerse algunos ejemplos sumamente ilustrativos de esa reducción o absorción del plano cognoscitivo de la actividad jurisdiccional por el propiamente jurídico-formal. La validez de la lectura, partiendo de la constancia de la imposibilidad de la práctica de la prueba como tal en el momento del juicio, exige que la documentada que vaya a utilizarse sea una diligencia propiamente sumarial (en el sentido de judicial, no policial), que se lea realmente en el juicio, y que la defensa hubiera estado presente, con posibilidad efectiva de contradecir, en el momento de su realización. Pues bien, ocurre que en la práctica, también esta exigencia de contradicción (previa, es decir, en todo caso sin intermediación del juzgador) ha sido desvirtuada a través de algún subterfugio de carácter formal-legal. Así, por ejemplo, se ha considerado que si la ausencia de la defensa en la realización de la diligencia sumarial fuera atribuible a su exclusiva responsabilidad o la inasistencia del imputado hubiera estado motivada por su rebeldía, no podría objetar la ausencia de contradicción, de manera que es *como si* ésta hubiera concurrido de manera efectiva.

De donde podría resultar que una declaración testifical de cargo realizada ante el instructor y obviamente fuera del juicio y sin la posibilidad, en su momento, para la defensa de intervenir en ella, en virtud de una suerte de presunción, *pasase por* contradictoriamente producida en ese primer momento, y, además, con una clase de contradicción capaz de proyectar, incluso, su benéfica influencia en la vista, con el resultado de dos ficciones *contra reo* (y *contra toda realidad*)<sup>395</sup>.

<sup>395</sup> Un caso extremo de utilización de este tipo de recusables expedientes es el que se da en la jurisprudencia española en materia de terrorismo, en los casos en que el acusado que declaró en términos autoinculpativos en sede policial se hubiese desdicho ante el instructor, acogiéndose luego en la vista a su derecho a guardar silencio. En tales supuestos, la declaración ante el tribunal, como



Insistiré de nuevo en que, con ser intensamente problemática, no es la dimensión jurídica del problema la que me interesa. Lo relevante a los efectos de esta reflexión es que el juzgador pueda transitar burocrática y acríticamente de uno a otro de los dos planos reiteradamente señalados, no obstante su heterogeneidad; y hacerlo, además, sin plantearse ningún interrogante y para pasar, como ocurre con harta frecuencia, de la valoración (positiva) de la regularidad formal de la actuación (con habitual apoyo en alguna tópica jurisprudencia) a la atribución sin más, por eso solo, de la calidad de efectivamente probatorio, al dato (normalmente de cargo) así obtenido.

Razonamientos sobre la prueba de este cuestionable perfil son frecuentes en la jurisprudencia de instancia y, generalmente, encuentran aval en la de casación. Se trata de supuestos en los que el juzgador parte de la constancia de que la testifical de cargo se acomodó en su práctica al estándar jurisprudencial consagrado en la materia, para concluir con la afirmación de que esa “jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo le concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”<sup>396</sup>. O, lo que es lo mismo: de la circunstancia de que una determinada manifestación (generalmente inculpatoria) reúna las condiciones jurídico-formales que la hacen apta para ingresar en el cuadro probatorio, se *deduce* mecánicamente que *prueba* de manera efectiva.

En la misma línea se inscribe una jurisprudencia, todavía dominante, que confiere el marchamo de incuestionable en otra instancia a la valoración en la primera de las pruebas personales practicadas con inmediación. El modo de concurrir es aquí de un tenor equivalente al anterior: concurrió la inmediación del juzgador en la audición del imputado, del testigo o del perito, *ergo* su valoración

---

prueba del fiscal, de los funcionarios que recibieron esa primera manifestación, en el sentido de que la misma efectivamente se había producido en los términos en que aparece documentada, se toma *como si* el acusado hubiera explicado realmente en el juicio lo que figura como confesado ante aquéllos.

<sup>396</sup> Este modo de proceder es muy frecuente cuando se trata de justificar el valor inculpatario atribuido a la declaración de la víctima en los delitos de violencia sexual. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto “que la declaración de la víctima es hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significativamente contra la libertad sexual, impide generalmente disponer de otras pruebas, si bien para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha prueba es necesario que el tribunal valore la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredulidad subjetiva [...] verosimilitud [...] persistencia en la incriminación”. Con apoyo en este tópico jurisprudencial, a la mera constatación, más bien ritual, de concurrencia de estos requisitos –que a lo sumo habilitaría para entrar en la valoración de contenido– se anuda, con criterio de *prueba legal*, una conclusión apodíctica de veracidad y efectiva adherencia a la realidad, de lo declarado. Obsérvese, además, que el propio criterio a examen presenta un serio problema de método y es que sugiere la legitimidad de un estándar probatorio de menor exigencia –*¿rehabilitación del in atrocissimis...?*– en el supuesto de delitos cometidos en la clandestinidad, como si el derecho a la presunción de inocencia del imputado admitiese atenuaciones o temperamentos en función de la naturaleza de las infracciones.

de la misma *debe* considerarse correcta, con un tránsito del *es* al *debe* que no podría ser más falaz, y que prescinde del verdadero sentido de la intermediación y de sus riesgos, del carácter epistémico y no jurídico-formal de la valoración de los datos del cuadro probatorio, e incluso de la relevancia de la concreta justificación de la misma como garantía esencial y *sine qua non* de la calidad y aceptabilidad de la decisión.

Creo que lo razonado permite extraer una conclusión, tan preocupante como justificada por una abrumadora experiencia, y es que en el ejercicio de la jurisdicción se ha impuesto de manera avasalladora el jurista (el experto en trámites), con el consiguiente oscurecimiento de la vertiente cognoscitiva del juicio jurisdiccional. Esta afirmación, históricamente inobjetable, sigue teniendo consistente actualidad, a pesar de que la constitucionalización del deber de motivar las resoluciones judiciales está contribuyendo, en alguna aunque limitada medida, a rehabilitar en la cultura de los jueces la dimensión epistémica del juicio. Algo que se debe a una profesión demediada de ese imperativo constitucional, que se toma sólo en *su segunda mitad*, la dirigida a dar cuenta (*ex post*) del porqué de la decisión, *cuadrando* la sentencia como silogismo, pero que raramente opera desde el principio y con objeto de conseguir que (*ex ante*) el curso decisional en su totalidad discurra, exclusivamente, por el cauce de lo motivable, de lo susceptible de justificación.

Como he dicho, en general, la rigurosa observancia de las garantías procesales, en la medida que aseguran los derechos de las partes y contribuyen a la equilibrada distribución del espacio escénico del juicio entre ellas, y, por tanto, a poner al juez en su sitio y en la posición de tercero (que es lo que hace posible conocer de una manera fiable), favorece la dialéctica del contradictorio y, por ende, la posibilidad de obtener, por este medio, a través de la confrontación de/sobre las hipótesis en presencia, un conocimiento verdadero sobre los hechos. Pero, por lo mismo, cuando aquéllas experimenten alguna quiebra, ésta no se dará sin consecuencias. Puede ocurrir, como de hecho muchas veces ocurre, que en su aspecto jurídico-formal resulten sorteables merced a algún expediente (o subterfugio) de la misma índole, y que éste, por su autoridad jurisprudencial deba prevalecer y ser asumido en tal sentido y en sus efectos (jurídicos) por el juez-jurista. Pero ¿y el juez-conocedor racional? Si, en virtud, por ejemplo, del papel jugado por la defensa, su ausencia de la práctica de una declaración testifical de cargo *vale* al fin procesalmente *como si* aquélla hubiese concurrido efectivamente a la misma, ¿deberá el juzgador valorar los elementos de juicio obtenidos por ese medio *como si* las partes se hubieran confrontado de manera actual, efectivamente, en su examen? ¿Podría un jurídico o jurisprudencial toque de varita mágica convertir esa *ficta contradictio*, esa contradicción realmente inexistente, en interlocución real sobre el objeto de la decisión?

Mi respuesta es que no. Porque todo déficit de garantías que, por eliminar o simplemente limitar la igual confrontación de las partes sobre la hipótesis acusatoria, afecte negativamente a la dimensión de método del proceder jurisdiccional, lo degrada en tanto que proceso de obtención de conocimiento empírico, reduciendo en la misma medida las posibilidades de acierto de la decisión. Y esto es algo que no puede dejar de tenerse en cuenta en la valoración –que no se olvide: no es jurídica– de la calidad epistémica de los datos del cuadro probatorio.

Es por lo que considero imprescindible que esa dimensión, a la que llamo en el título “cara oculta” de las garantías procesales adquiera la necesaria visibilidad y tenga la imprescindible presencia en el juicio del juez, para lo que antes deberá estar bien afirmada y presente en su cultura.

## BIBLIOGRAFÍA

- BECARRIA, C. De los delitos y de las penas. Trad. De j. A. De las casas. Madrid: alianza editorial, 1968.
- CARNELUTTI, F. Diritto e processo. Napoli: Morano Editore, 1958.
- COVIÁN Y JUNCO. El procedimiento penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria. Madrid: Fuentes y Capdeville, 1886.
- DE CASTRO, p. Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor D. Alfonso María de Acevedo, por Miguel Escribano, Madrid, 1778, p. 128 edición facsímil de Maxtor, Valladolid, 2009.
- FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. de p. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero. A. Ruiz Miguel, J. Terradillos. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, L. Garanzie. En: “Parolechiave”, 19/1999.
- FOSCHINI, G. Sistema del diritto processuale penale. Milano: Giuffrè, 1965.
- FOUCAULT, M. La vida de los hombres infames. Ed. y Trad. de J. Varela y F. Álvarez Uría, presentación de F. Savater. Madrid: La Piqueta-Endymión, 1990.
- GREVI, V. Grevi. “Nemo tenetur se detegere”. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano. Milano: Giuffrè, Milano, 1972.
- PAGANO, F. M. Logica de'probabili applicata a'giudizj criminali. Milano: Agnello Nobile, 1806.
- PERRAULT, G. El jersey rojo. Trad. E. Sordo. Barcelona: Argos Vergara, 1979.
- RODRÍGUEZ FEO, J. Tratado sobre el ciudadano. Madrid: ed., Trotta, 1999.
- SATTA, S. Il mistero del processo. Milano: Adelphi, Milano, 1994.
- SCHÜNEMANN, B. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. de S. Bacigalupo, en Jornadas sobre la 'Reforma del Derecho Penal en Alemania', Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.
- TARUFFO, Michele. La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- UBERTIS, G. Sistema di procedura penale. Torino: I Principi generali, Utet, 2004.

## CAPÍTULO 8

# La sociedad de la decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso

*Omar Sumaria Benavente\**

## INTRODUCCIÓN

### *La tutela jurisdiccional como sistema*

La propuesta para la construcción de un sistema de tutela jurisdiccional encuentra su fundamento en la denominada modelística jurídica o cibernética jurídica constructiva<sup>397</sup>, que tiene por objeto el análisis de la estructura interna del sistema jurídico con el propósito de descubrir su posibilidad cibernética<sup>398</sup>, es

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Egresado del Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política, George Washington University - PUCp. Profesor en Derecho Procesal en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, Academia de Práctica Forense del Colegio de Abogados de Lima. Profesor en Gerencia de Despacho Judicial y Ética Judicial en la Academia de la Magistratura. Profesor invitado del Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Inter American Bar Association, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos, Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado, Círculo Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo de la Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados

<sup>397</sup> ELÍAS DE TEJADA, Francisco. La cibernética jurídica. En Tratado de filosofía del derecho. Universidad de Sevilla, 1977. TII, p. 173 y ss.

<sup>398</sup> Nobert Wiener. En su segundo libro, editado en inglés en 1950, traducido al castellano y publicado con el título de “Cibernética y Sociedad”, dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales, encontrando una relación entre el derecho y la cibernética:

Que los problemas jurídicos son por naturaleza propia, problemas de comunicación y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de situaciones críticas,

Que, la teoría y práctica del derecho se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto justicia, y los de la técnica, mediante, la cual se realizan esas ideas.

decir, si los elementos que lo componen están ligados con arreglo a los principios del automatismo y a las relaciones de autorregulación, propias de un sistema independiente capaz de funcionar por sí sólo. Esta forma de análisis es retomada posteriormente por la “jurimetría”<sup>399</sup> entendida como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de Administración de Justicia, y que se avoca en identificar el nivel de sostenibilidad de un sistema jurisdiccional a través de la determinación de sus variables cuantitativas o cualitativas y de sus indicadores, detectando las faltas o fallas del sistema judicial a considerar al momento de realizar una reforma procesal

Para el presente trabajo se tiene como premisa que la tutela jurisdiccional no se agota en una garantía o derecho de las personas para acceder al órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de fondo debidamente sustentada en derecho y que esta sea susceptible de ser eficaz, sino que se constituye en “algo más” y que bien puede ser denominado como un “sistema” en la medida que es “un conjunto de elementos en interacción”<sup>400</sup> con una tendencia hacia la integración que se unifica vertical y horizontalmente con todo el universo que implica la relación Estado-sociedad.

Como refiere Nicola Picardi<sup>401</sup> “*El primer empleo de la expresión “sistema de derecho procesal” parece provenir de DE CRAMER, *Systemas processus imperialis*, cit V, sin embargo, también, infra, nt 1 el frecuente empleo, ya en los títulos de las obras, de las expresiones equivalentes como “principio”, “fundamento”, “teoría, cuyos tratamiento se dieron en la Universidad de Halle, y en la literatura del siglo XVIII, vinculadas a la enseñanza del derecho procesal en la universidades alemanas del Iluminismo*”. Luego, en el siglo XVIII, el procesalista de Europa continental tiende a reordenar la multiplicidad de los fenómenos procesales sobre la base de proposiciones fundamentales, lejos de limitarse a una simple disposición de la materia en orden lógico y claro, comenzando a ir en la búsqueda de postulados ordenadores a los cuales dar el valor de “principios” y extraer de ellos, a través de un razonamiento, las demás proposiciones. Estos principios y proposiciones son luego concatenados y coordinados entre sí de manera que se sostienen recíprocamente<sup>402</sup>, lo que llevaría, a la postre, a formar la Escuela Sistemática del Derecho Procesal.

Sin embargo, muy a diferencia de la concepción dogmática de la Escuela Sistemática del siglo XVIII y XIX, esta propuesta de un sistema de tutela ju-

<sup>399</sup> BUSCAGLIA, Eduardo. Análisis Económico de las Fuentes del Derecho y de Reformas Judiciales en los países en desarrollo, citado por CISNEROS VILCHES, Brenda, en: Análisis Económico del Derecho, <http://www.scribd.com/doc/13228133/Analisis-Economico-Del-Derecho>.

<sup>400</sup> VON BERLANFFY, Ludwig. Teoría General de los Sistemas. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 38.

<sup>401</sup> PICARDI, Nicola. La Jurisdicción en al alba del tercer milenio. Lima: Communitas, 2009. p. 307

<sup>402</sup> Picardi. Op. Cit. p. 310.

risdiccional no es neutro con relación a la política general del Estado, sino que debe ser diseñado y coherente con el proyecto político que determina y demanda la sociedad, en tal medida que es la única herramienta que va a servir para el cumplimiento de una de las funciones legítimas del Estado como es la función jurisdiccional. Mauro Capelletti, señalaba cuestionando a la supuesta neutralidad política, ideológica y técnica del proceso:

Se trata por un lado, de poner radicalmente en discusión un método de estudio típicamente escolástico, dogmático y formalístico, que tiene por finalidad la búsqueda de una ciencia “pura” e ideológicamente “neutral”, método que por tanto tiempo ha sido y, dentro de ciertos límites, continúa siendo pre-valeciente en la doctrina jurídica de nuestro país; por otro lado, de concebir el derecho como fenómeno social y, en consecuencia, la ciencia jurídica como ciencia sociológica valorativa, y no formal, ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas, ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas, ciencia –en fin– de elecciones creativas y no de conclusiones automáticas...

Lo anterior tiene correlato con esta propuesta de un sistema de la tutela jurisdiccional, conexo con la realidad política, económica e histórica de un determinado Estado. El mismo autor añade luego con relación al derecho procesal y la realidad social, reafirmando, que “el derecho procesal es contemplado como fenómeno ligado a las extraordinarias conmociones que han sufrido en la historia del hombre, especialmente en la contemporánea, la economía, y por consiguiente las estructuras económicas, políticas sociales, como también las concepciones éticas y gnoseológicas”<sup>403</sup>.

La idea de la neutralidad del proceso nació con la Escuela Sistemática<sup>404</sup> al preocuparse por desvincular el derecho procesal civil del derecho material y evidenciar la naturaleza pública del proceso, por lo cual se preocupó en delinear conceptos que, según su concepción, serían capaces de conferir autonomía y dignidad a la antigua *procedura civile*. La Escuela Sistemática, a través de la llamada “publicización” del proceso civil, tuvo el mérito de esclarecer que, por medio del proceso, se expresa la autoridad del Estado, siendo coherente con el pensamiento político de entonces de justificar la existencia del Estado y de su capacidad de coerción y decisión. Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contami-

<sup>403</sup> CAPELLETTI, Mauro. Proceso, ideología, sociedad. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. IX-X.

<sup>404</sup> Entendiendo por esta al movimiento iniciado por Mortara y desarrollada posteriormente por Chiovenda en Italia entre principios y mediados del siglo XX, criticando a la dogmática y exegesis francesa, manifestando que la dogmática no puede desligarse de la historia y de la realidad social

nación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de “acción” abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional. El fruto más obvio de esta Escuela Sistemática fue la pretensión de uniformización del procedimiento. El pecado de la Escuela Sistemática fue negar la realidad para cultivar una pseudociencia. Que el proceso civil es autónomo en relación con el derecho material no significa que él pueda ser neutro o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad o indiferencia, con la realidad social y con el papel que el sistema de Administración de Justicia, Sistema de Tutela Jurisdiccional, desempeña en la sociedad<sup>405</sup>.

### 8.1 EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA RELACIÓN CON EL SISTEMA POLÍTICO

Proponer y centrar el análisis y la construcción de nuevas categorías más generales en la vinculación del origen y desarrollo del sistema de la tutela jurisdiccional con las formas características que asume **el fenómeno del poder, en los diferentes contextos históricos y sociales**, requiere abandonar, por poco útiles y parciales, las categorías convencionales que dirigen el análisis comparado de los sistemas procesales, esto es, aquellas que dividen la cuestión mediante la simple y repetida distinción entre procesos adversariales e inquisitivos. En otras palabras, lo que se plantea es un análisis para el desarrollo de un Sistema (sistema de tutela jurisdiccional) como parte de la relación Estado-sociedad (sistema político).

La idea que se presenta de este sistema de tutela jurisdiccional se debe centrar en los fenómenos de la justicia (**decisión**) y el **poder (capacidad para imponer la decisión-coerción)**, y debe tener una necesaria identificación con el modelo de estructura del **poder-Estado**, y de esa manera justificar la lógica del sistema político. El desarrollo del concepto Estado vio en la Antigüedad la justificación de la “dominación” (arkhé), sobre todo en la parte relativa al orden y a la conducción. Posteriormente, la filosofía política de la era moderna tiene como fundamento el concepto de “coerción” como elemento determinante de un Estado; sin embargo, en una era posmoderna se habla del desencanto del Estado y, en consecuencia, del desmantelamiento del poder de coerción; por tanto, se cuestiona si la dominación y la coerción siguen siendo justas, lo que

---

<sup>405</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra, 2007. pp. 41 y ss.

lleva a pronosticar la disolución del Estado, o la pérdida de poder<sup>406</sup>. Pese a dicho pronóstico, y en tanto que para “*que existan los derechos se deben formular normas y darles valor y que cuando estás entran en conflicto deben ser armonizadas a través de instituciones específicas*”<sup>407</sup> justifica este sistema de tutela de derechos a través del Estado, vinculado con una de sus funciones legítimas que es la función jurisdiccional, coherente con el propósito que debe perseguir para la sociedad de acuerdo con el modelo establecido y los valores adoptados en el sistema político general.

Así, se prefiere hablar de sistema político en lugar de Estado, subrayando que el Estado no es la punta de una jerarquía para los diferentes sistemas parciales de la sociedad, pues los poderes públicos representan, en el marco de la sociedad entera únicamente un sistema parcial, al cual otros sistemas parciales (economía, arte, ciencia, tecnología) no se encuentran subordinados, sino coordinados<sup>408</sup>.

La falta de coherencia entre el modelo político elegido (variable que elige el sistema político), y su traducción en el modelo procesal (variable que elige el sistema de tutela jurisdiccional) a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional, sólo trae como consecuencia una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, además de la falta de legitimación del sistema social mismo. Es así que un sistema de tutela jurisdiccional coherente con el sistema político general se convierte en componente básico de un Estado de derecho<sup>409</sup>. “*Una institución que desaparece en la realidad social compromete aquello que hemos mencionado como primer argumento a favor de una reanimación de la perspectiva de la justicia: quita al debate sobre la legitimación su importancia para el mundo de la vida*”<sup>410</sup>.

El sistema de tutela jurisdiccional<sup>411</sup> está propuesto en la interacción de la acción y la jurisdicción, a través del proceso. En este sistema, el “proceso”, como mecanismo de interacción de la “acción” (sociedad) y la “jurisdicción” (Estado), presenta variantes de acuerdo con la opción política del Estado, ya sea en una democracia neo-liberal o una democracia social, de acuerdo con los modelos políticos del siglo XXI, y en tanto del sentido de justicia que dichos modelos políticos adoptan, ya sea la justicia como principio de imparcialidad o justicia como garantía de ventaja mutua, lo que determinaba el modelo de proceso, activista

<sup>406</sup> HOFFAN, Otfried. Op. Cit. 163-164

<sup>407</sup> MARTIN, Rex. Un sistema de derecho. Gedisa, Barcelona. 2001. p. 11.

<sup>408</sup> HÖFFE, Otfried. “¿La justicia como intercambio?”. En: EL proyecto político de la modernidad. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. 2008. p. 167

<sup>409</sup> SUMARIA BENAVENTE, Omar. El Sistema de la Tutela Jurisdiccional. En: Proceso y Constitución. ARA, Lima, 2009. p. 387.

<sup>410</sup> HÖFFE, Otfried. Ob. Cit. p. 166.

<sup>411</sup> SUMARIA, Omar. Op. Cit.



o de competencia, con relación a la asignación del “esfuerzo procesal” en diferentes proporciones a los actores del proceso Estado – juez/ sociedad – partes.

Este sistema de tutela jurisdiccional es correlativo con el criterio económico de eficiencia productiva, por el cual se entiende que todos los factores de la producción (en este caso acción y jurisdicción) se han asignado en un espacio productivo (proceso), de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final (justicia) (es decir, un movimiento de un punto a otro en una curva contractual en el espacio de insumos)<sup>412</sup>. Este principio, aplicado al proceso, implica la determinación de los factores de producción de la “justicia” que son la acción y la jurisdicción, y el modelo de producción (modelo procesal) a adoptar debe estar de acuerdo con los objetivos del Estado.

Resulta pertinente, en esta perspectiva, la crítica que hace Cándido Rangel respecto del proceso y su alejamiento de la realidad, proponiendo nuevas visiones, innovadoras, críticas de cara hacia un derecho procesal coherente y en plena interacción con los demás aspectos de la realidad.

“Por imposición de su propio modo de ser, el derecho procesal sufre de una natural propensión al formalismo y al aislamiento. Aquel no va directamente a la realidad de la vida, ni habla el lenguaje del hombre común. El hombre común lo ignora, el propio jurista lo desdeña y los profesionales del él lamentan sus imperfecciones, sin atinar a proveer medios para mejorarlo. El descrédito de todos respecto de la Justicia es efecto de la deficiencias de un sistema acomodado en el tradicional método introspectivo, que no incluye la crítica del sistema mismo ni de los resultados que éste es capaz de ofrecer a los consumidores finales de sus servicios, es decir, a los miembros de la población”<sup>413</sup>.

La presente reflexión está orientada a enfatizar en la necesidad de tener una mirada sistémica a la dinámica de las políticas públicas, una de las cuales es la determinación de la estructura del sistema de tutela de jurisdiccional. La mirada sistémica (o pensamiento sistémico) considera observar a la organización –en este caso el Estado- y sus diferentes partes y componentes en el contexto del entorno en el cual opera, y entender el papel que tiene esta organización respecto de su entorno. La mirada sistémica implica aplicar una dosis importante de abstracción a fin de incorporar la mayor cantidad de elementos presentes en el contexto e identificar las interacciones entre estos elementos<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> ROMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1994. p. 26.

<sup>413</sup> RANGEL DINAMARCO, Cándido. La instrumentalidad del proceso. Communitas, Lima. 2009. p. 10

<sup>414</sup> AUSEJO, Flavio. “De las políticas públicas a la gestión pública: una visión sistémica”. En: Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2008, p. 30.

## 8.2 EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL COMO MECANISMO DE PRODUCCIÓN DE “JUSTICIA”: LOS PROCESOS BASADOS EN LOS MODELOS POLÍTICOS NEO LIBERAL Y DEMOCRÁTICO SOCIAL

Hemos manifestado que el proceso es el mecanismo que permite interactuar a la acción y a la jurisdicción, como representación de la relación sociedad-Estado, y cuyo fin es producir “justicia”. De esta forma, la justicia se convierte en el “punto de equilibrio” como resultado de esta interacción. Para llegar a este “punto de equilibrio”, el proceso presenta variantes con relación al modelo de Estado, ya sea un Estado neo-liberal o un Estado democrático social, lo cual determina, a su vez, qué concepto de justicia es el que se quiere obtener, es decir, si el resultado de esta “interacción de acción-jurisdicción”, debe ser medido como imparcialidad o como una garantía de ventaja mutua.

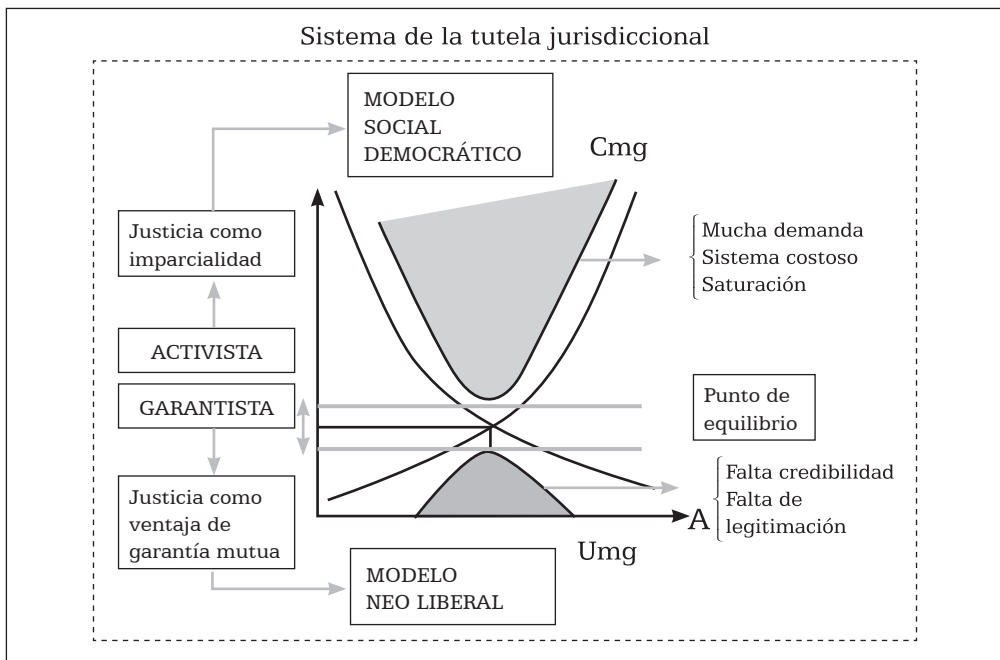
En el modelo neo liberal, la justicia se presenta como una “*garantía de ventaja mutua*”. De acuerdo con ello, en un modelo neo liberal se debería desarrollar un proceso adversarial o de competencia, en el cual la mayor “*asignación de esfuerzo procesal*”<sup>415</sup> corresponde a las partes. Según este principio de la justicia como “*garantía de la ventaja mutua*”, la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto, y esto es el incentivo de las partes para acudir al sistema jurisdiccional. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación “de acuerdo”, tendrían, al contrario, un incentivo para violarlo, en consecuencia, es el autointerés en el motivo para comportarse de manera justa. El concepto “justicia” como fin del proceso es el restablecimiento del “contrato” y, por tanto, de la resolución del conflicto que altera dicho “contrato”; se entiende, así, entonces, la justicia como un bien de “mercado”, que debe ser alcanzado por las partes en conflicto a través del proceso<sup>416</sup>. En este tipo de modelo procesal, dado que el interés personal es el motivo de acudir al sistema de tutela jurisdiccional, y ello conlleva la mayor “*asignación de esfuerzo procesal*” a las partes, el diseño se debe adecuar a una estructura que permita a las partes “*maximización de beneficios*”, es decir, conseguir el más alto beneficio. Así la “justicia” como punto de equilibrio de la acción y jurisdicción será entendida cuando esté más cerca del punto más alto de la “*utilidad personal*”.

Por otro lado, en un modelo democrático social – participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la asignación de esfuerzo procesal del Estado es mayor. Se subvencionan “costos” del proceso a las partes, y tiene como sustento el concepto de “justicia” como “*principio de imparcialidad*”. Según

<sup>415</sup> COOTER, Robert y Thomas Ulen. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Primera reimpresión en español. p. 514.

<sup>416</sup> Para ver más al respecto pueden ser revisados “La justicia: ¿discurso o mercado?”. Lucian Kern y Has Peter Müller. Barcelona: Gedisa, 2000.

este concepto, se separa la diferencia del poder de negociación de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino un actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras<sup>417</sup>. En este caso, el objetivo del proceso es alcanzar la “justicia” como principio de imparcialidad, es decir, una justicia equitativa de acuerdo con las políticas que da el Estado, y la función jurisdiccional a través del proceso es una herramienta de implementación de políticas. Así, el contrato social como fundamento del Estado no es la alineación de intereses particulares, sino que representa intereses comunes y se convierte en un modelo genético colectivo de aprendizaje permanente, que la función jurisdiccional trata de desarrollar.<sup>418</sup> En este modelo procesal, el fin no es “maximizar intereses personales”, sino distribuir el bien “justicia”, de manera equitativa; por ello el diseño procesal busca “optimizar recursos”, es decir, un proceso eficiente, y en razón de ello la “justicia” se puede entender cuando el punto de equilibrio de la “acción” y la “jurisdicción” se encuentra más cerca del punto más bajo de los costos del proceso.



<sup>417</sup> BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa. Barcelona, 2001, p. 23.

<sup>418</sup> DAMASKA, Mirjan. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile. 1986. Trata de explicar los modelos de sistemas de administración de justicia, y lo procesos de acuerdo a los modelos de Estado ya se un “Estado reactivo” o un “Estado activo”.

### 8.3 EL PROCESO COMO MECANISMO PARA ALCANZAR LA “JUSTICIA”: EL ESTADO DE INSATISFACCIÓN, LA PERCEPCIÓN DE LA “INJUSTICIA”

Nunca antes en la historia el mercado había ofrecido tanto, sin embargo, el acceso a los bienes es cada vez más restringido. El mercado premia la eficiencia pero también restringe oportunidades cuando los individuos no están en una situación de igualdad. Las sociedades modernas aparecen como sociedades de “inflación decepcionante”. Cuando se promete la felicidad a todos, cuando se aumentan las exigencias de mayor bienestar y una vida mejor, más se ensanchan las arterias de la frustración. Los valores hedonistas, la súper oferta, los ideales psicológicos, los ríos de información, todo eso ha dado lugar a un individuo más reflexivo, más exigente, pero también, más propenso a sufrir decepciones, que aumentan en la medida que aumentan los bienes, y aumenta la infelicidad por no participar de ellos<sup>419</sup>. Esta situación paradójica de abundancia de expectativas y frustración de alcanzar estas expectativas produce en el colectivo social una “espiral de la decepción”.

Esta reflexión para la sociedad moderna en general también alcanza al mundo del derecho. En los Estados posmodernos, nunca antes los sistemas políticos habían ofrecido o declarado tantos derechos, no obstante, el acceso a los mismos es restringido o, mejor dicho, la protección jurídica a los mismos no satisface a la comunidad, luego, vienen la frustración y la falta de creencia en el sistema de tutela jurisdiccional. El ciudadano se ve desprotegido, y el acudir al órgano jurisdiccional para satisfacer una pretensión se convierte en un verdadero martirio. Y en consecuencia, el escepticismo ante la justicia, en lugar de referirse sólo a determinadas interpretaciones, se dirige hacia la justicia misma que es víctima de una retórica cada vez más frecuente que le otorga su certificado de defunción. “Desde el siglo XIX se declaró primero muerto a Dios, más tarde, al sujeto moderno, y antes, en muchas variantes, a la metafísica. Recientemente se despide –de nuevo de modo polifónico- a las pretensiones de la verdad y la razón. Y la justicia fue declarada totalmente sin sentido (completely senseless)”<sup>420</sup> Cuando en el fondo sólo cuenta el poder, el discurso de la justicia se convierte en una variante de ideología política que no tiene lugar en una teoría de los elementos que constituyen su validez jurídica objetiva, y un Estado y un sistema de derechos que no produce “justicia” pues se convierten en un Estado y un sistema de derechos “injusto”.

John Rawls empieza su obra con la definición de justicia como “*La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales*”<sup>421</sup>, marcando así desde los

<sup>419</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Op. Cit. p. 21.

<sup>420</sup> Lundstedt, “Law and justice: A criticism of the method of justice”. University Press. New York, 1947, p. 450, citado por HOFFEN, Op. Cit. p. 158.

<sup>421</sup> RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México, 1971, p. 17.

años 60, el concepto de justicia distributiva, idea de gran influencia en el desarrollo de los Estados sociales democráticos europeos o Estados de bienestar, en contraposición a la decadencia del capitalismo de entonces, y en cuyas Constituciones Políticas se basaron las Constituciones Políticas para América Latina promulgadas en la década de los 90<sup>422</sup>. Sin embargo, que estemos tratando con actitudes individuales o con instituciones sociales completas, la justicia concierne a la manera en que se distribuyen los beneficios y las cargas. La materia de la justicia es la distribución de beneficios y privilegios, de los poderes y las oportunidades, y del dominio sobre los recursos escasos de cuya distribución surge un potencial conflicto de intereses<sup>423</sup>:

Hay ciertos libertades y derechos básicos, que queremos ver igualmente distribuidos, por ejemplo, la igualdad ante la ley (no queremos que haya privilegios o que los jueces traten de una manera a uno y a otros), la igual protección de nuestra vida (no queremos que solamente los ricos o los poderosos tengan una policía privada a sus disposición para protegerlos, queremos que todos tengamos nuestra vida protegida, por un sistema público de policía que nos proteja eficientemente a todos), la igual protección de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestra propiedad frente a las agresiones de los demás, nadie quiere que lo hieran, nadie quiere que lo infecten, nadie quiere que le roben<sup>424</sup>.

La igualdad de oportunidades es muy importante para que el mercado funcione, pero también se requiere de una instancia política que garantice el respeto de las reglas de juego y el cumplimiento de los contratos, así como la protección de los derechos.

### 8.3.1 *Primera sensación de injusticia: El problema del incremento del “daño marginal de inducción procesal” que soporta el demandante*

Al solicitarse la actividad jurisdiccional, que concluye con la declaración judicial de certeza para satisfacer una pretensión, y que se debe realizar necesariamente a través del proceso, entendido como un mecanismo que se da en un transcurso de tiempo, siempre se produce un daño para el solicitante, denominado “*daño marginal o costo marginal de inducción procesal*”. Este daño se genera desde el momento de iniciar la actividad jurisdiccional, en razón a que el acreedor-demandante se ve obligado a acudir al sistema de tutela jurisdiccional ante la falta de cooperación del deudor-demandado; y dado que esta actividad no es inmediata, el “daño marginal” se incrementa por cada unidad de tiempo que demora el proceso, y debe el solicitante esperar a la conclusión del proceso para

<sup>422</sup> Constitución Española de 1978, Portugal 1979, Andorra 1993, Colombia 1991, Perú 1979 y 1993.

<sup>423</sup> BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 2001, p. 310.

<sup>424</sup> MOSTARIN, Jesús. Crisis de los paradigmas en el siglo XXI. Fondo Editorial Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006, p. 234.

recién conocer si tiene derecho o no a la satisfacción de lo pedido. Este daño se produce a consecuencia de que la situación respecto del bien jurídico lesionado en el momento inicial del proceso nunca será la misma que la situación respecto del mismo bien jurídico en el momento final del proceso. Este daño es distinto del que se produce por la pérdida del bien o la disminución de su valor para los cuales existen los mecanismos clásicos de resarcimiento como la indemnización o el pago de intereses. Si se quisiera hacer un símil con algún término económico este “daño marginal de inducción procesal” sería el equivalente del “costo de oportunidad” que se entiende como “el sacrificio que se incurre al tomar una decisión. Siempre que esta se vea sujeta a dos opciones, lo cual una de ellas debe cumplirse”, o “la utilidad máxima que podría haberse obtenido de la inversión en cualquiera de sus usos alternativos”.

Se procuran respuestas técnicas y dogmáticas para la reducción del “*daño o costo marginal de inducción procesal*” que debe soportar estrictamente el acreedor-demandante. Las primeras, de origen técnico, tienden a reducir plazos y etapas del proceso; sin embargo, se puede llegar a un punto de concentración del proceso; en el cual ya no se puede reducir más el tiempo, con el peligro de desnaturalizarlo y violar principios fundamentales como son la contradicción, la bilateralidad. Soluciones de este tipo son tomadas en forma común por el legislador, sin la mayor reflexión, y la consecuencia lógica es solamente el traslado del “costo de inducción procesal” a la otra parte.

Ante la falta de idoneidad de las soluciones técnicas para la reducción del daño o costo marginal de inducción procesal, surgen las respuestas dogmáticas con el fin de reducir este daño, respuestas que versan sobre la posible anticipación de los efectos de una sentencia sin que haya concluido el proceso (siendo este el verdadero sustento de las denominadas “*medidas cautelares*”). Para llegar a este tipo de respuestas, en el interior del proceso sucede un denominado “conflicto ejecutivo endo procesal”, que es la competencia entre intereses y valores opuestos en el proceso para poder acceder a un adelanto de ejecución. La dualidad de este conflicto (entre intereses y valores opuestos) determina la doble dimensión, cuantitativa y cualitativa de este “conflicto”; la primera dimensión mencionada corresponde a los intereses opuestos de las partes: por un lado, el “*interés de una urgencia de satisfacción inmediata*” del demandante, y por el otro, el “*interés de una cognición plena*” antes de afectar el patrimonio del demandado. Asimismo, en la dimensión cualitativa entran en juego los valores que puede optar el sistema de tutela jurisdiccional: por un lado, el valor “*tempestividad*” en la actuación jurisdiccional, y por otro el valor “*estabilidad*” de la situación jurídica del statu quo inicial del proceso.

Esta ponderación de intereses y valores que se produce en el desarrollo del proceso es lo que se denomina “*conflicto ejecutivo endo-procesal*”. En el desa-

rollo de ese conflicto, la ley prevé situaciones en las cuales se pueden adelantar los efectos de una cognición plena, respondiendo satisfactoriamente cuando el grado de intensidad del “interés de urgencia” del demandante prima sobre el grado de intensidad del “interés de cognición plena” del demandado.<sup>425</sup> Sin embargo, con dicho adelanto de los efectos de la actividad jurisdiccional, si bien se están “optimizando recursos” en vías de un proceso eficiente, existe la posibilidad que se traslade el “costo del proceso” al demandado, quien ahora se vería afectado sin que haya habido una actividad jurisdiccional completa.

### ***8.3.2 Segunda sensación de injusticia: el traslado del “costo total del proceso” al demandado a través de las cautelas procesales***

La referencia anteriormente hecha, aunque aparentemente cierta y correcta para el fin de tratar de disminuir o mitigar el “daño o costo marginal de inducción procesal”, carece, según nuestra opinión, de un elemento básico, y es que sólo toma el “tiempo del proceso” como fundamento para la concesión de una tutela cautelar, y obvia el concepto de la “utilidad” que genera para el solicitante de la medida.

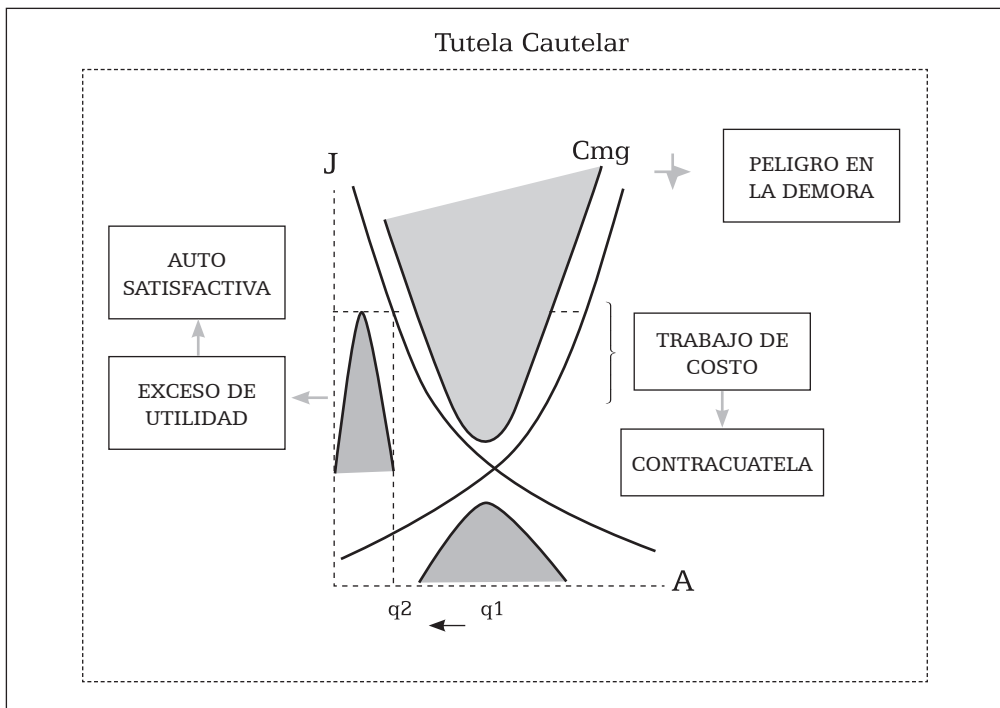
La socialización del derecho de los años 60, con el efecto correlativo en el sistema de tutela jurisdiccional, generó que el proceso, al ser considerado también como una política pública, esté sometido a los demás lineamientos del Estado. En consecuencia, a un Estado activo o de bienestar le corresponde un diseño procesal activista. En dicho sentido, la finalidad de la medida cautelar se presentaría a fin de “reducir el costo total del proceso” (llegar de forma más rápida al momento de la paz social con justicia optimizando recursos). Esto se consigue a través del traslado del “costo procesal” al demandado con el adelanto de la ejecución o anticipación de los efectos de la sentencia. Se grava esta situación de “optimización de recursos” del sistema de tutela jurisdiccional en beneficio del demandante mediante la “contracautela”, pero no se considera la situación de “exceso de utilidad” que beneficia al solicitante con esta tutela anticipada, que genera una “externalidad positiva” no gravada a su beneficio, y que resulta un incentivo para este tipo de medida, que resulta muchas veces desproporcionado.

Mientras, que en un proceso que tiene como objeto la solución del conflicto (adversarial o competencial) propio de un Estado reactivo, la tutela cautelar no debe alterar el principio de garantía de ventaja mutua; por tanto, el proceso debe representar el exacto cálculo de poder que tienen los actores, dado que el proceso “maximiza beneficios” y siendo la tutela cautelar un desplazamiento del punto de equilibrio de la función  $J(A)$  (jurisdicción-acción) a solicitud del demandante, y produciendo dicha actividad un doble beneficio, “reducción de

<sup>425</sup> ANDOLINA, Italo. “Cognición” y “ejecución forzada” en el sistema de la tutela jurisdiccional. Lima: Communitas, 2008. p. 62.

costos” y “utilidades excesivas”, ambas consecuencias deben estar gravadas, dado que lo contrario implicaría medidas cautelares innecesarias o desproporcionadas que romperían el equilibrio del proceso<sup>426</sup>.

Las razones expuestas no dejan claro, cuál es la mejor alternativa, si gravar el costo o la utilidad para la obtención de una tutela cautelar, es decir, afectar sólo al demandado, o afectar también al demandante; la decisión debe ser coherente con el sistema político que adopta el Estado y que tiene implicancias directas en el diseño del proceso legal. Sin embargo, en la actualidad, al tratar de realizar procesos más “eficaces” u “oportunos”, o bien sólo se toman soluciones técnicas, con el perjuicio a los principios procesales que ya hemos manifestado (la ausencia de bilateralidad, contradicción) o soluciones dogmáticas pero sólo basadas en el traslado del “costo procesal” por el adelanto de la ejecución hacia el demandado, y la consecuente sensación de injusticia, ahora, a la otra parte.

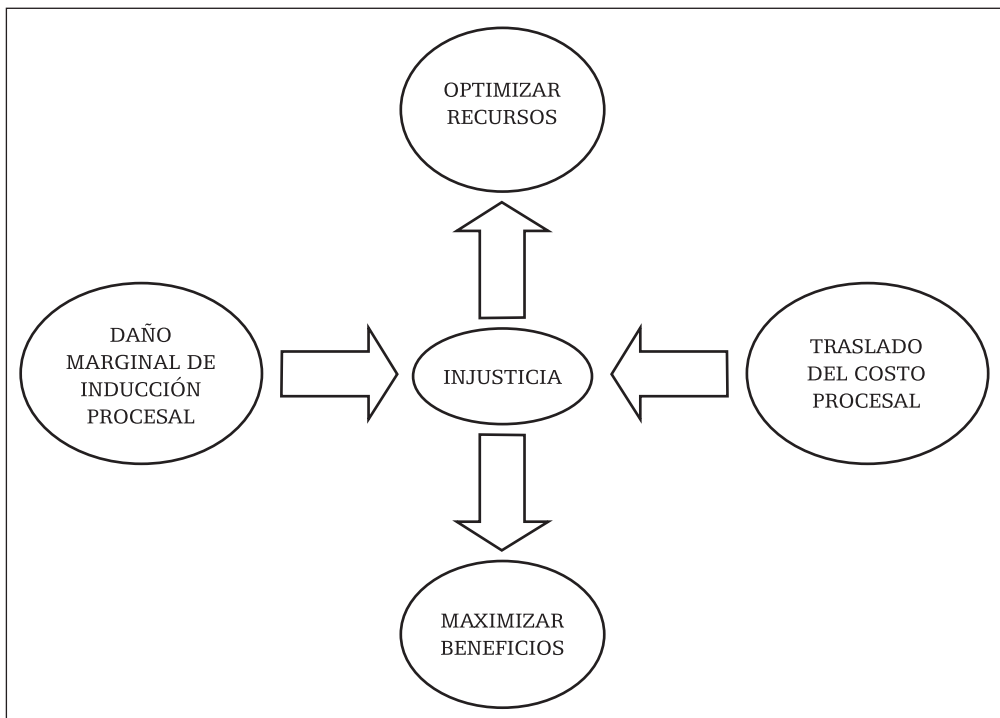


<sup>426</sup> SUMARIA BENAVENTE. Omar. Utilidad vs costos en el proceso cautelar. En: Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Año 3, N° 03 (<http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprosesal>)



### 8.4 LA IDEOLOGÍA Y EL MODELO PROCESAL EN AMÉRICA LATINA: EL CASO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ DE 1993

En el desarrollo del presente trabajo hasta este momento se ha llegado a la propuesta de un sistema de tutela jurisdiccional que debe ser coherente con el sistema político general. Pero, también se ha advertido cómo este sistema de tutela jurisdiccional, cuyo fin es la producción de la “justicia” como punto de equilibrio de la interacción entre la acción (sociedad) y jurisdicción (Estado) y que se da a través del proceso, genera situaciones de aparente “injusticia”, ya sea porque “optimizando recursos” se perjudica al demandado con el traslado del costo procesal, situación que se da en un proceso cuyo polo es la justicia distributiva y de corte activista, o ya sea por el incremento del daño o costo marginal de inducción procesal en un proceso de carácter competitivo, en el cual el objetivo es “maximizar beneficios” con el fin de alcanzar “justicia” como garantía de ventaja competitiva. En consecuencia, la pregunta fundamental con relación al modelo procesal a adoptar para esta región es: ¿Competitividad o equidad procesal?



En principio, se debe anotar que el desarrollo de la ciudadanía en Latinoamérica no es precedido como en Europa y los países industriales avanzados,

por la formación de un Estado Nacional, por el desarrollo industrial autónomo o por el desarrollo económico en general. En esta región estos procesos se dan simultáneamente y tienen un curso distinto en la construcción de la ciudadanía: la ciudadanía civil en el siglo XVIII, la ciudadanía política en el siglo XIX y la ciudadanía social en el siglo XX<sup>427</sup> que se dieron en Europa, para nuestra región son un proceso en simultáneo, complejo, distinto en forma y ritmo de cada país, determinado por las especificidades históricas locales, regionales y nacionales<sup>428</sup>.

Distintas son las tendencias centrales de evolución de los países de América Latina. La historia del dominación colonial primero y semi colonial después, han deformado nuestra economía, trastocando nuestro desarrollo social y por tanto nuestras instituciones políticas. Como regla general, nuestros procesos de independencia no significaron una transformación social del orden colonial, sino que se limitaron a realizar cambios jurídicos políticos. La aparición del capitalismo en nuestro continente, se da en el período de internacionalización del capital, y bajo el dominio de las potencias capitalistas mundiales – Inglaterra primero, y Estado Unidos, después -. En tales condiciones no fue posible el surgimiento de burguesías nacionales independientes, capaces de liderar el proceso de transformación social contra los rezagos feudales y coloniales. Las condiciones de dominación económica, política y cultural en la que se encuentran nuestros países, determinan no sólo la subordinación económica sino la subordinación e imitación en el terreno político e ideológico. Es por ello que nuestras constituciones son, en buena parte, copia de las constituciones de Europa y Norteamérica, así como lo son también las pautas de comportamiento, los valores, el sistema político global, etc.<sup>429</sup>.

En el tema del derecho procesal, América Latina ha seguido la misma línea para la sociedad en general y el derecho en particular, pasando a ser una continuidad, mimetismo y alineación con el pensamiento europeo de los siglos XIX y XX.

En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respeto, son una tradición ius teórica débil, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente, notable es el alto nivel de la abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesoras que,

<sup>427</sup> JIMENEZ, Félix. Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. p. 11.

<sup>428</sup> DAGNIÑO, Evelyn, OLVERA, J. Alberto y PANFICHI, Aldo. La disputa por la construcción democrática en América Latina. Fondo de Cultura Económica. México, 2006.

<sup>429</sup> RUBIO CORREA, Marcial. El mito de la democracia. DESCO, Lima, 1978, p. 68.

a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional<sup>430</sup>.

En el caso del Código Procesal Civil del Perú de 1993, de la lectura de las apreciaciones del autor del Código 15 años después, se nos revela que la opción filosófica que adopta se basa en el proceso como un fenómeno social al servicio de una jurisdicción que expresa una de las funciones de interés social del Estado, lo cual se trasladó al principio de socialización del proceso señalado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “En la línea de la concepción pública del proceso civil asumida, en la letra del Código se hace un reconocimiento explícito del proceso como fenómeno social (soziale massenerscheinung) al servicio de una jurisdicción que expresa una de las funciones de interés social (Wohlfahrtsaufgaben) del Estado”<sup>431</sup>.

#### 8.4.1 *El poder de dirección*

El deber y poder de dirección e impulso del proceso a cargo del juez está expresamente reconocido en el inciso 1), del artículo 50° del Código Procesal Civil<sup>432</sup>, concordante con el artículo II del Título Preliminar del mismo Código<sup>433</sup>, así como el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>434</sup>, teniendo como antecedente el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que en los Principios Generales, artículo 2° (Dirección del proceso), señala “*La dirección del proceso está confiada al Tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con lo señalado en este Código*”

Esta facultad de dirección del proceso es optada por el autor del CPC según indica:

---

<sup>430</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Legis, Bogotá, 2005, p. 25.

<sup>431</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. Código Procesal Civil. Lima: Comunitas, 2009, p. 25.

<sup>432</sup> CPC. “Artículo 50.- Deberes.

Son deberes de los jueces en el proceso:

Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;”

<sup>433</sup> CPC. “Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso

La dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.”

<sup>434</sup> LOPJ, TUO. “Artículo 5°.- Dirección e impulso del proceso.

Los Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa. Con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función.”

Atendiendo a las opciones filosóficas antes descritas, la elegida consistió en la línea de lo propuesto por Klein, en privilegiar la función social del proceso como instrumento para que la jurisdicción cumpla con su rol más trascendente: ser una de las funciones sociales más importantes del Estado.

La elección se manifiesta desde su Pórtico, es decir, desde su Título Preliminar. Allí se encuentra regulado el Principio de Dirección del Proceso (Richtermatch) y el Principio de Impulso oficioso del proceso pero también de los Principios de iniciativa y actuación de las partes. Se trata de identificar la trascendencia y funciones que los sujetos procesales cumplen dentro del proceso, pero dejando establecido que el juez tiene, al interior de la relación procesal una calidad e importancia especial, las cuales están originadas en su rol de representante del Estado<sup>435</sup>.

La referencia a Klein tiene relación con los postulados para la reforma procesal que condujo a la elaboración del ZPO Austríaco de 1891, la cual tiene el mérito de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso, definiéndolo como un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un *instituto de bienestar*. Dichos postulados se resumen en a) las controversias particulares son “males sociales” relacionados con la pérdida de tiempo, dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto toda “causa turba la pacífica colaboración”, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación.

De acuerdo con estos postulados se extraían las siguientes conclusiones: a) el interés del legislador a que esos “males sociales” que son los procesos tengan una “definición rápida, poco costosa y simple”; b) la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y, c) la exigencia de que el proceso sea oral y de que el Estado, a través del Juez, asuma “desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones”,

... por lo tanto en el proceso de Klein, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. El a tal fin cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales una “marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos”, sino el “director”, el “timonel”, el representante profesional del bien común<sup>436</sup>.

<sup>435</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Op. Cit pp. 24-5.

<sup>436</sup> CIPRIANI, Franco. Las Batallas por la justicia Civil. Cultural Cuzco. Lima. 2003. p. 62.

Estos postulados luego influyeron nítidamente la reforma procesal de Italia y el Código Procesal Civil de 1940, dirigida por Piero Calamandrei, Carnelluti y Redenti, quienes establecieron un código procesal “publicista” que, a la postre, tuvo difusión en toda América Latina e influyó en todos los códigos procesales diseñados en la década de los 90, incluyendo el Código Procesal Civil Peruano de 1993.

Jorge Peyrano (“El Proceso Civil Principios y Fundamentos”. Astread. p. 73)<sup>437</sup>, indica: “La característica del nuevo Código Procesal Civil es otorgar la dirección del proceso al Juzgador, devolverle autoridad al Juez para que el proceso cumpla su finalidad en forma rápida, debiendo adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal. Se pretende convertir al Juez-espectador en Juez-director”<sup>438</sup>.

#### 8.4.2 *Del activismo al autoritarismo*

Sin embargo, este proceso de función “social”, generado en los postulados de Klein de 1891 y del Código Procesal Civil Italiano de 1940, de Calamandrei, que inspira finalmente al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y al Código Procesal Civil Peruano de 1993, procura la figura de un juez “*activista*”, con mayores poderes dentro del proceso, con el fin de cumplir dicha función; como refiere Jorge Peyrano con relación a una cita de Chiovenda:

En el proceso civil moderno el Juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado háyase interesado en el proceso civil; no ciertamente con el objeto de cada pleito, sino que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible... El Juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad de la que careció en otros tiempos<sup>439</sup>.

Luego fue atribuido de “autoritario”, y de tener origen en un sistema político totalitario como era el gobierno fascista de Italia de entonces. Surge, entonces, un debate ideológico y técnico al respecto.

El modelo de oralidad pura que propuso Chiovenda no fue el asumido en el Código Procesal Civil Italiano de 1940, sin embargo, dicha paternidad del Código fue atribuida posteriormente por Calamandrei a Chiovenda “*para ennoblecer el Código*”. Según Taruffo, “El modelo del Código no tiene casi nada en común con

---

<sup>437</sup> MORALES GODO, Juan. Instituciones de Derecho Procesal. Palestra. Lima, 2005. p. 74.

<sup>438</sup> Esta definición de Juez- Director, asimilada y reproducida luego por varios autores, corresponde a Alcalá Zamora para quien existían tres tipos de jueces civiles: el espectador, propio de los ordenamientos liberales, el director, propio de los ordenamientos kleinianos, y el dictador, propio de los procesos penales o inquisitivos.

<sup>439</sup> La referencia es hecha por Juan Morales Godos e Instituciones de derecho procesal, p. 75.

el “modelo” chiovendano”. De Chioventa quedan las palabras, no las cosas”<sup>440</sup>. Es así, que en la “relazione al re”, que hace Calamandrei, señala que “el principio de libertad en el que se inspiraba el código de 1865 había sido ya superado, que se ha proveído el fortalecimiento de la autoridad y de los poderes del juez”, y llega luego a afirmar Cipriani, que “la bases ideológica del Código (Italiano) es y no podía ser de otra manera fascista”<sup>441</sup>, posición compartida por Montero Aroca con relación a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 2000/1, concepción ideológica de un modelo de autoridad que se traslada luego al sistema procesal.

En el caso peruano, bajo el eje “oralidad-inmediación-concentración”, conducido por un juez dotado de “autoridad”, y con una “justicia accesible a los más pobres”, se construyeron las “sólidas” bases del Código Procesal Civil de 1993, por el cual el juez ya no sería un pasivo espectador de las actividades de las partes, sino el activísimo protagonista del “drama procesal”, el director del proceso, absorbiendo la cultura del juez activo<sup>442</sup>.

Este incremento de facultades, lejos de alcanzar los objetivos deseados, creó o agravó los problemas existentes, dado que la calidad de “juez director” del proceso se extendió al control de admisibilidad (artículo 424° CPC) y procedencia de la demanda (artículo 427° del CPC), y al control de la prueba (artículo 190° CPC) con el propósito de evitar demandas inútiles (optimización de recursos), pronunciándose sobre cuestiones de fondo, dejando de lado la bilateralidad y contradicción del proceso, con criterios distintos en cada juzgado para el rechazo de las demandas, generando una cultura que ante una demanda rechazada esta se vuelve a presentar en otro juzgado, y de esta forma la consecuencia es incrementar la cantidad de expedientes en los juzgados en lugar de reducir la carga procesal.

De otro lado, el “juez director” del proceso también se extiende al control de los tiempos en el proceso, es decir, pese a tener nuestro código el principio de unidad, concentración y oralidad, este proceso por audiencias se realiza en intervalos muy espaciados de acuerdo con el tiempo de juez, realizándose muchas veces “la audiencia única” o “audiencia de pruebas” en una serie de audiencias prolongadas en el tiempo. Es decir, en lugar de conseguir una “justicia rápida” este excesivo control del proceso por parte del juez condujo a la prolongación y dilatación de los mismos<sup>443</sup>.

<sup>440</sup> TARUFFO, Michelle. La justicia civil. p. 285, citado por CIPRIANI, Franco. Op. Cit.

<sup>441</sup> CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”. En “Proceso Civil e Ideología”. Ed. San Marcos, Lima, 2009. p. 59.

<sup>442</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. En los abismos de la “cultura” del proceso autoritario. En “Proceso Civil e Ideología”. Ed. San Marcos. 2009. p. 360

<sup>443</sup> Señala el autor del CPC que un proceso de conocimiento en el Perú dura 04 años. Monroy, op. cit. p. 66 Fuente: Eyzaguirre, Hugo. “Marco Institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina”, en Jarquín Edmundo y Carrillo, Fernando (editores), “La Economía Política de

Franco Cipriani, escribe al respecto:

Por ello es tiempo de invertir la marcha. En particular es tiempo de reconocer que, contrariamente a cuanto Piero Calamandrei diera por descontado en la *relazione al re*, no es realmente cierto que los abogados quieran solamente perder tiempo que, más bien, no debe dudarse de que ellos, cuando definden a la parte que tiene prisa, tienen más prisa, seguramente más prisa que el Juez. No sólo, sino quizá es también el tiempo de convencerse que hay que usar lo mejor posible los recursos disponibles, in primis, el Juez, que debe ser liberado de todos las inútiles tareas que se le asignara en 1940 y hacerse cargo exclusivamente de su deber institucional: para ser claros, el juez, en vez de perder tiempo siendo “el director y propulsor vigilante, solícito, sagaz” debe “hoy” limitarse a juzgar, que por cierto no es poco”<sup>444</sup>

#### **8.4.3 La exclusividad oficial (dirección del proceso) como rasgo del proceso y como mecanismo de implementación de políticas.**

En la actualidad el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso<sup>445</sup>. Se ha estado asistiendo a un debate de ideologías procesales entre el denominado “garantismo procesal” y el “activismo o solidarismo procesal”<sup>446</sup>, sin embargo, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, entre la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria”, y un proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”<sup>447</sup>. Dicho debate, en la medida de lo personal, creemos que ha sido superado y se debería orientar hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado.

De esta forma, otros autores han subrayado las relaciones del poder político con el diseño del proceso legal más que con la influencia de la ideología pura; entre ellos, Max Weber desarrolla la idea de “tipos de autoridades” y sugiere que la diversidad de las relaciones de poder puede explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la Administración de Justicia<sup>448</sup>, Citando a

---

la Reforma Judicial”. New York, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

<sup>444</sup> CIPRIANI, Franco. “Piero Calamandrei, la “relazione al re” y el apostolado de Chiovenda”. En *Batallas por la justicia Civil*. Ed. Cuzco. 2003, p. 104.

<sup>445</sup> MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado “social” como instrumento de justicia autoritaria”. En: *Proceso Civil e Ideología*. Editorial San Marcos. 2009. Lima, p 146.

<sup>446</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideología*. Tirant le Blanch. Valencia. 2006.

<sup>447</sup> SUMARIA, Omar. “El sistema de la tutela jurisdiccional...”, en: *Constitución y Proceso*. ARA, Lima, 2009.

<sup>448</sup> WEBWER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 2008 , 8ª reimpresión. pp. 502 y ss.

Mirjan Damaska en el Capítulo III («*Dos tipos de Estado y los objetivos del proceso judicial*»), del libro *Las caras de la justicia y el poder del Estado*<sup>449</sup>, el autor se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por dos tipos contrastantes de Estado: uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad (**Estado de bienestar**) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (**Estado laissez faire**). Usando otras palabras: un Estado activista y un Estado reactivo.

En este contexto, se analizan distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la Administración de Justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales -finalmente- se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los «*edificios procesales*» de cada uno.

En el caso del Estado activista, el proceso sirve como una herramienta de realización o implementación de su política, y para el caso del Estado reactivo, el proceso es un mecanismo de resolución de conflictos o disputas. Mientras en el primero, la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre las partes), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella. Con relación al tema de la prueba, que a su vez es un sub sistema dentro del sistema de la tutela jurisdiccional, Michelle Taruffo<sup>450</sup>, en la misma perspectiva de Damaska, nos habla de “sistemas centrados en las partes” y “sistemas centrados en los tribunales”, dependiendo de que la presentación de las pruebas se haya principalmente o en forma exclusiva por las partes o por el juez.

Siguiendo este análisis, un modelo ideal Estado de bienestar debería tener un modelo jerárquico de poder, en donde el proceso cumpliría una función de implementación de políticas; el proceso se convierte en una actividad oficial necesariamente dirigida por el funcionario encargado: “*El aparato estatal jerárquico está sujeto a ley de Parkinson y tiende a expandir su esfera de actividad. Puesto que separa rotundamente las esferas internas y externas que buscan monopolizar la acción procesal: la “delegación” de los pasos procesales es considerada como abandono de responsabilidades*”<sup>451</sup>.

La exclusividad del proceso oficial sofoca las acciones procesales privadas. En estos sistemas se piensa que la actividad privada está teñida de su propio interés para ser creíble, no suficientemente “seria” para tan importante cometido como

<sup>449</sup> DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la Justicia y el poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

<sup>450</sup> TARUFFO, Michelli. *La prueba*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008. p. 110.

<sup>451</sup> DAMASKA. Op. Cit. p. 96.



es la organización de la justicia. Por ejemplo, si un testigo fuera entrevistado por abogados privados sería visto con sospecha. El Estado goza del monopolio de la actividad, creando incentivos a los funcionarios responsables en casos en los cuales están comprometidos intereses del Estado, pero, en casos de interés estrictamente privado, esto puede ser inerte o ineficaz, dado que incentivos suplementarios inadecuados con la acción privada (sanciones o premios por estadísticas) crean los mismos problemas cuando se combina el monopolio del Estado con la empresa privada (una consecuencia de ello es la dilatado y exagerado tiempo que se toman los jueces para señalar las fechas de las audiencias, dada la obligada presencia de ellos).

Otra consecuencia de la exclusividad oficial del proceso es que los actores privados pueden estar habituados a no tomar iniciativas, o las mismas son frustradas por el extendido monopolio oficial. Asimismo, los expertos que participan en los actos procesales se convierten en asistentes judiciales (lista de peritos oficiales por ejemplo) acostumbrados a esta rutina judicial burocrática. De esto se desprende que las acciones desarrolladas deben ser en presencia del funcionario y bajo su supervisión directa. Las que son desarrolladas en su ausencia no son parte del proceso jerárquico. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es típica del proceso jerárquico. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso a veces repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un “*oxímoron*” en el léxico del poder jerárquico

## 8.5 REDEFINIENDO EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

En esta parte final del trabajo, y ante la explicación de la crisis del modelo de proceso activista y solidario a consecuencia que resulta incoherente con una política económica de liberalización del mercado en América Latina, ya que entra en conflicto que por un lado se aumenten los poderes del funcionario público en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y su capacidad de coerción, y en el otro lado con un criterio posmoderno las ciencias sociales y políticas diagnostican para el Estado a veces fenómenos de disolución, a veces una pérdida de poder.

Ocasionalmente se habla incluso del fin del Estado<sup>452</sup>; se hace una reflexión respecto a cuáles son las probabilidades para la implementación de un modelo procesal coherente con el sistema político general para países pobres y con un alto grado de desigualdad, como el Perú y América Latina en general; para ello, se parte de que la democracia es un contrato social entre los miembros de la sociedad sobre una distribución justa de derechos, es decir, de bienes y servi-

---

<sup>452</sup> HÖFFE, Otfried. Op. Cit. p. 165.

cios que se sacan del mercado para ser distribuidos a la sociedad en forma de derechos políticos y económicos pero que esta democracia no existe en nuestros países porque el conjunto de derechos económicos es también más limitado. En consecuencia, dicho contrato no puede existir si no existen primero los respectivos sujetos sociales y políticos, y si el ejercicio de los poderes públicos no se basa en un sistema legal que asegure y garantice la justicia<sup>453</sup>.

### 8.5.1 *El índice Ginni y Curva de Lorenz: desigualdad y pobreza*

El índice de Ginni es uno de los indicadores más utilizados para medir la desigualdad entre países y en países; este se deriva directamente de la Curva de Lorenz, que es instrumento gráfico para medir la desigualdad. Los receptores del ingreso son ordenados de mayor a menor ingreso. En el eje horizontal se mide el porcentaje de personas de acuerdo con el nivel de ingresos, y en el eje vertical se mide el porcentaje de ingresos recibidos por cada grupo de la población.

Conforme se aprecia en la siguiente figura, a mayor extensión del área M mayor grado de pobreza, que para el caso peruano es de 42% en la década de los 90, si bien se puede señalar que ha habido una reducción de este grado de pobreza de 19 puntos en el lapso de los últimos 50 años<sup>454</sup>.

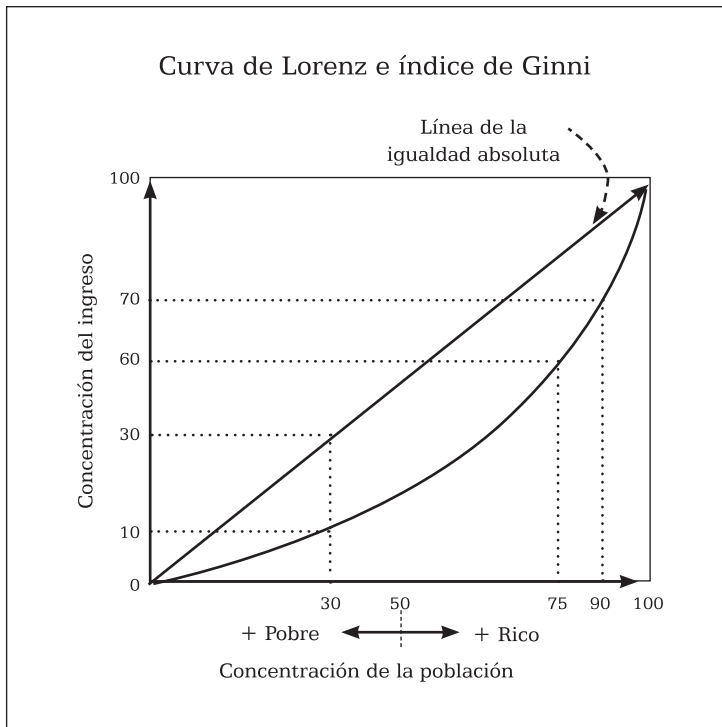
El índice de Ginni es útil para establecer políticas de desarrollo, y combatir la desigualdad y la pobreza. Como se mencionó, el Perú y América Latina en general poseen una media muy alta de pobreza y de desigualdad; por ello las políticas de redistribución deben ser combinadas con políticas de crecimiento, es decir, crear mercado moderadamente, pero mantener el gasto social.

¿Qué influencia tendría esta situación con la estructura del sistema de tutela jurisdiccional? Pues como se ha postulado, el sistema de tutela jurisdiccional debe ser coherente con el sistema político general; ahora, como los desafíos en América Latina son históricamente singulares; resolverlos demanda una comprensión novedosa y una discusión abierta; por ello, las descripciones, análisis y propuestas deben ser sistemáticamente rigurosos, y uno de los retos centrales en la comprensión de la dinámica de las políticas públicas es lograr una mirada en conjunto, considerando los diferentes procesos que están presentes y entremezclados en la relación entre el Estado y la sociedad<sup>455</sup>.

<sup>453</sup> JIMÉNEZ, Félix. Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú,, 2009. p. 10.

<sup>454</sup> GANGAS PIERO, Pilar. Desigualdad y Pobreza: América Latina y Europa desde 1950. En: Política y Cultura. Universidad Autónoma de México, 2003, ISSN 0188-7742.

<sup>455</sup> AUSEJO, Flavio. Op. Cit. p. 28.



### 8.5.2 ¿Competitividad o equidad procesal?

Se ha denominado a este último comentario ¿competitividad o equidad procesal?, con relación a la propuesta de un sistema de tutela jurisdiccional que funcione como un sistema productivo de la “justicia”, a través de la interacción de un bien del Estado (jurisdicción) y de un bien individual (acción). Este sistema se logra a través de un proceso cuyo modelo debe ser coherente con los demás subsistemas: político, económico y social. En razón de ello, en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza, como la sociedad latinoamericana, el sistema jurisdiccional tiene que resolver la cuestión de si debería estar basado en la competitividad (individualidad) o en la equidad (distribución). Es decir, el proceso debe “maximizar beneficios” u “optimizar recursos”, y de ello depende la “asignación de esfuerzo procesal” y el “traslado del costo del proceso”.

#### a) La relación entre equidad y competitividad,

**Primer supuesto:** “El desafío, por tanto, consiste en introducir la equidad en la función de producción”<sup>456</sup>. Para poder establecer la relación entre competitividad y equidad se deben establecer los siguientes presupuestos<sup>457</sup>:

<sup>456</sup> MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 33.

<sup>457</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Daniel. El aporte de Adolfo Figueroa al análisis de la relación entre

- Primera, la productividad dependería de todo el sistema productivo. La productividad de un sector no puede ser independiente de la productividad de los demás sectores
- Segunda, la productividad de la economía dependería no solo de la intensidad de los factores de producción, sino también de la calidad de esos factores, y del conocimiento tecnológico
- Tercera, la productividad también depende de la calidad de los empresarios. Este es tal vez el factor limitante más importante. Se necesitan “empresarios walrasianos” aquellos que revisan continuamente sus métodos de producción y adoptan novedades tecnológicas que se vienen generando fuera de la firma, así como los nuevos productos. Pero se necesita de manera prioritaria “empresarios schumpeterianos”, aquellos que son los que desarrollan nuevos métodos de producción con nuevas prácticas e insumos, nuevos productos, nuevos mercados, nuevas fuentes de insumo. Si los empresarios “walrasianos” son copiadore, los “schumpeterianos” son innovadores.
- Cuarta, el marco institucional en el que opera la firma sería igualmente importante para la eficiencia
- Finalmente, la productividad dependería de la inversión, y esta de la estabilidad social y política, la cual a su vez dependería del grado de equidad de la sociedad.

Aplicación del primer supuesto al Sistema de Tutela Jurisdiccional:

- a. Se debe basar en la equidad, es decir, tener como objetivo el alcanzar una situación más cercana al punto de equilibrio (justicia); para ello se debe disminuir el factor de desigualdad, en consecuencia, la desigualdad de beneficios y oportunidades,
- b. Así la competitividad (acción individual) será, a la postre, el motor del sistema; para ello se deben derribar barreras formales, preclusiones excesivas, privilegios políticos y sociales, autoritarismo del Estado-juez, para poder participar de este sistema.
- c. Cuando se hace la referencia a empresarios “walrasianos” o “schumpeterianos”, bien se puede hablar de abogados y jueces, “copiadore” e “innovadore”. Como se afirma, los segundos son los más necesarios, dado que en un marco de liberalización (reducción de subvención de costos del proceso. serán ellos quienes adaptarán las nuevas formas del proceso para los fines que persigue.

---

equidad, productividad y competitividad”. En: Teoría Económica y desarrollo social. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009. p. 25.

- d. El Estado debe invertir en “estabilidad”, y la estabilidad de este sistema estará determinada por la predecibilidad de los fallos, el cumplimiento y eficacia de los mismos, y la misma estabilidad de los jueces que asegure su independencia.
- e. Si la productividad de un sector no puede ser independiente de la productividad de los demás sectores, significa que no se puede entender un sistema de tutela de jurisdiccional que no sea coherente con los valores que adopta el sistema político general. Así, si el sistema político declara la libertad de contratar, libertad contractual, libertad de empresa y derecho de propiedad y derechos conexos como valores políticos, en el sistema de la tutela jurisdiccional no se pueden crear mecanismos que no den una respuesta inmediata y eficaz a dichos valores, pero el Estado no se puede subrogar en la protección de los mismos, sino que serán los actores individuales quienes activen el sistema y quienes soporten el mayor costo de “asignación de esfuerzo procesal”. El sistema competitivo genera un mayor campo de acción para los abogados y vigoriza la búsqueda de los hechos y las argumentaciones, otorgándoles incentivos para hacer lo difícil, pero provechoso, mientras que el juez tendría incentivos (menos esfuerzo procesal) para hacer lo fácil y correcto<sup>458</sup>.

## b) Productividad, orden social y gasto público

**Segundo supuesto.** El orden social es un bien público global, de cuyos beneficios nadie puede ser excluido “El orden social, señala, entra a la función de la producción debido a que sin orden social el proceso productivo no podría repetir, período tras período, la misma cantidad de producto y de la misma cantidad de insumos”<sup>459</sup>.

¿Cuáles son los factores que determinan el orden social? Depende del grado de equidad y de la distribución del ingreso nacional “No toda distribución de la riqueza es socialmente tolerada. Sólo existe un conjunto imitado que sería aceptado socialmente. Si el funcionamiento de la economía lleva a una solución fuera de ese rango la sociedad entraría en una crisis distributiva, es decir, el desorden social”<sup>460</sup> Por su parte, la distribución del ingreso nacional depende un tanto de los resultados distributivos del mercado, como de la política social del Estado. El gasto público social sería un mecanismo estatal para cerrar las brechas distributivas que se originan del funcionamiento del mercado y asegurar el orden social<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> COOTER, Robert y Thomas Ulen. Op. Cit. 517.

<sup>459</sup> *Ibíd.* 34.

<sup>460</sup> *Ibíd.* 34.

<sup>461</sup> “En este punto quisiera mencionar una cierta diferencia en cuanto a los énfasis en materia distri-

### Aplicación del segundo supuesto al sistema de la tutela jurisdiccional

En este segundo presupuesto, con relación al sistema de tutela jurisdiccional, en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza el Estado debe tener políticas redistributivas de la riqueza, por lo cual el Estado debe realizar gasto social, dado que la sensación de injusticia se volvería intolerable y provocaría el “desorden social” (inestabilidad). Esto aparentemente, entraría en contradicción con el primer presupuesto, el de favorecer la competitividad a efectos de alcanzar la equidad; sin embargo, el gasto social a que se hace referencia no debe ser en cuanto a la subvención de la asignación de esfuerzo procesal, es decir, por motivos económicos, clasistas o populistas no se pueden crear situaciones o privilegios excepcionales (procesos especiales, inversión de la carga de la prueba, presunciones legales, etc.). Este gasto social se debe aplicar a fomentar y fortalecer los factores de producción (jurisdicción y acción). Así, en ciertas situaciones, el Estado o terceros pueden asumir el costo de la defensa, pero con una garantía respecto del resultado del proceso, sin que esto signifique asistencialismo o paternalismo, y mucho menos la creación de un clientelismo político, propio de los Estados del siglo pasado<sup>462</sup>.

El gasto público social puede ser visto como un instrumento para poner “pisos” de ingreso y bienestar a la población, y así darle estabilidad al sistema social y político. A estas acciones se les puede denominar la “política social”. Pero este piso tendría que estar establecido como un conjunto de derechos. Esto significa que los bienes y servicios que lo conforman tendrían que ser retirados del juego del mercado y del juego político electoral. La estabilidad social, al igual que la democracia, es un bien público. Una vez establecido, nadie puede ser excluido de su consumo. Es evidente, entonces, que el gasto público es una inversión en un bien público: la estabilidad social<sup>463</sup>

---

*butiva y redistributiva. Yo otorgo especial importancia al papel distributivo del mercado mediante la creación de nuevos empleos y el aumento sostenido del salario real, es decir, mediante la relación entre el mercado de trabajo, inversión y la productividad. La política redistributiva – el gasto social en salud, educación, vivienda promocional, etc. - es importante solo como política complementaria a la distributiva. Es más algunos programas sociales netamente distributivos, como los de generación de empleo de emergencia o de compensación de ingresos, solo serían justificables en la medida que la política distributiva sea inequívocamente desigual e inequitativa. Figueroa encuentra serias limitaciones al mercado para distribuir equitativamente la riqueza – sobrepoblación del mercado de trabajo y los efectos del patrón internacional de comercio, por lo que otorga una especial importancia al gasto social como política redistributiva del ingreso nacional”. Comentario, Martínez Op. Cit. 34-5.*

<sup>462</sup> Un buen ejemplo de ello son las empresas que pagan la fianza en un proceso penal en el sistema adversarial americano, o el caso del defensor de oficio en el proceso penal, que son defensores particulares que el asumen la defensa del que no tiene recursos, y cuyo pago lo podrían asumir en parte del Estado y en parte del mismo cliente.

<sup>463</sup> Martínez, 38.

### c) Sistema jurídico basado en reglas como sustituto del capital humano

Se argumenta que un sistema legal basado en reglas y que concentra la toma de decisiones en el Estado central podría ser la respuesta económica ante la falta de capital humano (jueces capaces). El centralismo legal y el uso de normas precisas fue el ideal de la legislación de muchos países europeos en la era de su desarrollo capitalista inicial. La escasez del capital humano debería llevar a los países en desarrollo a concentrar sus expertos legales altamente capacitados en una forma más centralizada y tener una proporción más grande de jueces y burócratas, que pueden tomar decisiones con base en normas simples y claras

En las naciones pobres hay más razones para optar por un sistema legal, más basado en reglas que en estándares, es decir, en un sistema en que los mandatos legales que diferencian un comportamiento legal de uno ilegal se den en una forma clara. Los estándares son criterios legales generales, poco claros y confusos, que requieren de un complicado razonamiento judicial para su aplicación. El argumento que sostiene dicha proposición es que la ratio de la mano de obra en los países en desarrollo es más baja que en los países ricos, así una eficiente elección de técnica en los países pobres es menos intensa que en los países ricos. De esta forma se prefiere un sistema judicial centralizado para un país en desarrollo, en razón a que este puede hacer el trabajo con menos capital humano que en un sistema descentralizado como los que hay en un país en desarrollo<sup>464</sup>.

## CONCLUSIONES

- 1) El sistema de la tutela jurisdiccional es la interacción de la acción y jurisdicción que se da a través del proceso. Este sistema es un reflejo de la relación sociedad-Estado y, en consecuencia, debe ser coherente y coordinado con el sistema político general.
- 2) El sistema de la tutela jurisdiccional adopta distintos modelos procesales con relación al modelo político del sistema político general, el cual varía entre una democracia neo liberal y una democracia social. Esta relación Estado-poder, a su vez, determina el sistema de Administración de Justicia.
- 3) En los sistemas jerárquicos propios de un Estado activo (Estado de bienestar) el proceso tiene como fin buscar la solución más rápida para restablecer el orden social en dicha situación, y es un proceso que “optimiza recursos” dado que la justicia tiene como fin un principio de imparcialidad.
- 4) En un sistema coordinado propio de un Estado reactivo, se desarrolla un proceso competitivo, que tiene como fin preservar la garantía de ventaja

---

<sup>464</sup> HANS-BERND SCHAFER, Clus Ott. “Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?”. En: Revista Ius, Edición N° 36, Julio 2008, p. 16.

que tiene en los hechos quien acude al sistema. En este sistema, el proceso tiene como fin “maximizar beneficios”.

- 5) En América Latina, siguiendo la tradición europea se han implantado modelos procesales propios de los Estado activos que, sin embargo, han venido colisionando con la realidad económica, política y social que más se acerca a una liberalización del mercado.
- 6) El implante de políticas e ideología externas, que se han dado en un espacio de desarrollo, económico, socio-cultural, histórico distinto genera graves fracturas en cuanto a la coherencia del sistema político general con el sistema de la tutela jurisdiccional.
- 7) Siendo América Latina una región con un alto grado de desigualdad y pobreza, es difícil implantar un sistema competitivo puro, dado que no todos estarían en las mismas condiciones; sin embargo, la competitividad individual debe ser la que, a la postre, determine la productividad del sistema.
- 8) En dicho sentido, el Estado, en lugar de asumir los costos de esfuerzo procesal, debe liberalizar el servicio de justicia, trasladando la asignación de esfuerzo procesal a las partes; sin embargo, debe tener una política de gasto social en el sistema jurisdiccional, para que esta competitividad no genere más desigualdad, mediante la implementación de mecanismos de estabilidad, predicción, eficiencia, y traslado temporal del costo del proceso a terceros.
- 9) Un país en desarrollo no se puede dar el lujo de normar bajo estándares, toda vez que dicho sistema necesita de una alto grado de capacidad y número de profesionales para la interpretación y argumentación; por ello, se debe centralizar el sistema jurisdiccional en sus niveles más altos, y aprovechar el número de jueces para la aplicación concreta de las reglas en niveles inferiores.
- 10) En síntesis, se puede decir que ya se debe dejar de tomar al proceso como “acción de cambio social” propia de una ideología del siglo pasado, sino que el proceso es sólo el mecanismo por el cual se desarrolla el sistema de la tutela jurisdiccional y que debe ser coordinado con los subsistemas, económico, social, tecnológico que conforman el sistema político general. De esta forma, para poder determinar sobre qué tipo de modelo procesal se va a desarrollar este sistema de tutela jurisdiccional, se debe verificar la procedencia de la teoría y su real posibilidad de aplicación, para así definir el modelo, establecer supuestos y verificar la producción, precisar sus parámetros e inferencias, y luego proceder a su evaluación político-social y a la verificación de los supuestos acordados.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal vs. Activismo*, Lima: Editorial Juris, 2006.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- ANDOLINA, Italo. *Cognición, y Ejecución forzada*. En: *el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Communitas, 2008.
- BARRY, Brian. *Teorías de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- CISNEROS VILCHES, Brenda, en: *Análisis Económico del Derecho*, <http://www.scribd.com/doc/13228133/Analisis-Economico-Del-Derecho>
- CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideología, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.
- CIPRIANI, Franco. *Las batallas por la justicia civil*. Lima: Cultural Cuzco, 2003.
- COOTER, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Primera reimpresión en español.
- COSSIO DÍAZ, Ramón. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- DAGNIÑO, Evelyn, OLVERA, J. Alberto y PANFICHI, Aldo. *La disputa por la construcción democrática en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- DE MATTOS, Carlos, HIERNAUX NICOLÁS, Daniel y RESTREPO BOTERO, Darío. *Globalización y territorio: impactos y perspectivas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo – valorativo)*. Lima: Palestra, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*, Lima: Communitas, 2008.
- FRIEDMAN, Milton. *Teoría de los precios*. Madrid: Alianza Editorial Textos, 1990.
- FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.
- GANGAS PIERO, Pilar. *Desigualdad y pobreza: América Latina y Europa desde 1950*. En: *Política y Cultura*. Universidad Autónoma de México, 2003, ISSN 0188-7742.
- GUJARATI, Damodar N. *Principios de Econometría*. Madrid: McGraw Hill, 2006.
- HANS-BERND SCHAFER, Claus Ott. “Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?”. En: *Revista Ius*, Edición N° 36, Julio 2008.

- \_\_\_\_\_. Manual de análisis económico de derecho civil. Madrid: Tecnos, 1991.
- HÖFFE, Otfried. EL proyecto político de la modernidad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- JIMÉNEZ, Félix. Teoría económica y desarrollo social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- KERN, Lucian y Hans Peter MÜLLER. La Justicia: ¿discurso o mercado? Barcelona: Gedisa, 2000.
- LANDA ARROYO, César y Ana VELAZCO LOZADA. Constitución Política del Perú 1993. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. La sociedad de la decepción. Barcelona: Anagrama, 2008.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra, 2007.
- MARTIN, Rex. Un sistema de derecho. Barcelona: Gedisa, 2001.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Código Procesal Civil. Lima: Communitas, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan. Proceso Civil e Ideología. Lima, Ed. San Marcos. 2009.
- MORALES GODO, Juan. Instituciones de derecho procesal. Lima: Palestra, 2005.
- MOSTARIN, Jesús. Crisis de los paradigmas en el siglo XXI. Lima: Fondo Editorial Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, 2006.
- PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. Aula magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2008.
- PICARDI, Nicola. La Jurisdicción en al alba del tercer milenio. Lima: Communitas, 2009.
- POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RAWLS, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1971
- RANGEL DINAMARCO, Cándido. La instrumentalidad del proceso. Lima: Comunitas, 2009.
- ROMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- RUBIO CORREA, Marcial. El mito de la democracia. Lima: DESCO, 1978.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. El sistema de la Tutela Jurisdiccional. En: Proceso y Constitución. ARA, Lima. 2009.

\_\_\_\_\_. Utilidad vs costos en el proceso cautelar. En: Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Año 3, N° 03. DIA. 2010 (<http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal>)

TARUFFO, Michelli. La prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008,

VON BERTALANFFY, Ludwig. Teoría general de los sistemas. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

WEBWER, Max. Economía y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

WIENER, Norbert. Cibernética y Sociedad. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1969.

## Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina

*Eduardo Oteiza\**

### INTRODUCCIÓN

El análisis sobre el modelo de proceso civil utilizado en la mayoría de los países de América Latina intenta demostrar que debe ser rediseñado ante los profundos cambios que las últimas décadas han exhibido en materia social, política y económica. El retorno a la vida democrática de los países de la Región en los ochenta determinó el resurgir de la importancia de las instituciones democráticas y de un sistema de reglas que permita el respeto por los derechos sobre bases más igualitarias. Sin embargo, los procesos de reforma de la Justicia Civil no han logrado estructurar un nuevo modelo acorde con los desafíos que América Latina enfrenta. El ensayo se ocupa de justificar por qué el modelo actual puede ser considerado disfuncional y procura alentar el debate sobre la perspectiva desde la cual deberían articularse las reformas.

### 9.1 SINGULARIDAD DE LA TRADICIÓN LEGAL LATINOAMERICANA, LA GLOBALIZACIÓN Y EL MODELO DE PROCESO CIVIL

El derecho comparado y el procesal le han dedicado una atención relativa al modelo<sup>465</sup> de proceso civil que siguen los países de América Latina, lo cual

---

\* Profesor titular en la Universidad de La Plata y director de la carrera de especialización en Derecho Procesal profundizado de la Universidad Notarial Argentina. Profesor invitado de las siguientes universidades: Yale Law School, Bolonia, York (Toronto), Catania, Pompeu Fabra, Lima y Externado (Bogotá). Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

<sup>465</sup> Al aludir a modelo me refiero a la construcción de un tipo ideal de proceso civil, elaborado a partir de ciertas características principales, que guardan relación con posiciones definidas por una tradición jurídica. Los rasgos más nítidos surgen de las opciones tomadas al escoger los temas centrales de diseño institucional. La simplificación que ensaya el modelo tiene por finalidad poder contrastar el uso de una determinada institución por tradiciones diversas. Sobre las ventajas metodológicas del uso de modelos ver Taruffo, M. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 71 y ss.

contrasta con la dedicación que han merecido los respectivos modelos utilizados por el *common law* y el *civil law*, que toman caminos y opciones diversas para lograr implementar el derecho al debido proceso. Si bien se han utilizado ambas tradiciones<sup>466</sup> para explicar dos modelos distintos de proceso civil<sup>467</sup>, la división entre *civil law* y el *common law* es un razonable punto de partida para anotar diferencias entre tradiciones que distan de ser monolíticas, debido a la rica variedad de sistemas legales<sup>468</sup> y las diferencias que encontramos en cada una de esas dos grandes ramas.

Es frecuente observar que se asume erradamente que la tradición del *civil law* domina el escenario latinoamericano. Se trata de una simplificación excesiva que omite tomar en cuenta la singularidad de América Latina y sus profundas diferencias con el desarrollo de la tradición del *civil law* en los últimos cinco siglos. El desarrollo cultural, social, institucional y jurídico de Latinoamérica difiere del de Europa continental en múltiples aspectos. Esas diferencias contribuyen a explicar las particularidades del modelo de proceso civil latinoamericano.

Si bien durante la época colonial la influencia de España y Portugal era determinante en América Latina, el derecho y sus repercusiones en la vida social se manifestaban en forma diversa. El pasado colonial generó una cultura con rasgos diferentes cuyos paradigmas, creencias y tradiciones germinaron durante los últimos cinco siglos. En el ochocientos y el novecientos, América Latina construyó su nueva identidad a partir del trasplante de instituciones constitucionales y códigos elaborados bajo el influjo de las revoluciones de fines del setecientos que marcaron el desarrollo del *civil law* y del *common law*. Al trasplantar sistemas normativos, su evolución es el producto que surge al adaptarse a las características sociales, culturales, políticas y económicas de los Estados que las adoptan. Se trató de una convergencia simultánea del *civil law* y del *common law*, en un contexto con particularidades propias.

Intentaré aquí, sin la pretensión de abarcar todos los matices de un tema complejo, que sólo desarrollaré en sus grandes líneas, desde una perspectiva que tome sus rasgos más evidentes, elaborar algunas notas conceptuales sobre el modelo de proceso civil vigente en América Latina desde la perspectiva de una tradición jurídica en la que convergen las categorías del *common law* y del *civil law* pero que posee rasgos propios derivados de una cultura jurídica singular,

---

<sup>466</sup> Utilizaré preferentemente el término tradición como el conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en una sociedad (Merryman, J. H., *The civil law tradition. An introduction to the legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969, pp. 1-5).

<sup>467</sup> Hablaré de proceso civil en forma amplia, excluyendo solamente al proceso penal.

<sup>468</sup> El término sistema legal lo usaré para referirme al conjunto de instituciones, procedimientos y reglas legales que son operativos en un Estado o en una organización de Estados.

íntimamente ligada a la Europa continental y al mundo anglosajón, que proviene de un pasado común a los países que la integran, que poseen manifestaciones, creencias, ideales y paradigmas propios.

El modelo de proceso civil guarda correspondencia con opciones tomadas en un determinado momento histórico según las creencias y desarrollos de una determinada sociedad. Esas opciones pueden cambiar, y el modelo, permanecer vigente. En ese caso es posible hablar de desajustes del modelo para dar respuesta al cambio ocurrido. En lugar de ser funcional, se transforma en disfuncional y anacrónico, debido al cambio de circunstancias y expectativas de los individuos y las sociedades que lo utilizan.

El eje central del presente estudio es identificar el modelo y puntualizar que en mi opinión resulta disfuncional en el contexto de América Latina, en un período marcado por la consolidación de las democracias y por la globalización.

La experiencia de las últimas décadas ha mostrado que el fortalecimiento del servicio de justicia es un factor esencial para la consolidación de las reglas democráticas y para el desarrollo en un mundo globalizado. En ese sentido la comprensión del modelo de proceso civil sobre el cual se garantiza el respeto al debido proceso adquiere particular relevancia. Comprender las características del modelo permite diseñar reformas a las legislaciones procesales que se adapten a las particularidades de la tradición a la que se aplican, lo cual no significa reproducir sus defectos sino superar las contradicciones cuando los valores sociales muestran signos de cambio, que las estructuras legales no logran reflejar.

La perspectiva para observar el modelo de proceso civil toma en cuenta el fenómeno de la globalización: el escenario en que los Estados-nación, asociados a las ideas del setecientos por la decisiva influencia de la Revolución Francesa y la norteamericana, ha cambiado radicalmente. Las fronteras y los territorios han debido adaptarse a la dinámica de las comunicaciones, al intenso movimiento de personas y servicios y al aumento del volumen del tráfico comercial y económico. La tecnología, la economía y el comercio tienen una dimensión mundial. Sociedades más abiertas se interrelacionan en una comunidad transnacional, que Habermas<sup>469</sup> llama *constelación posnacional*, al explicar que en ella los Estados y gobiernos enfrentan nuevos desafíos que les exigen fundar su legitimidad en valores que deben estar de acuerdo con la apertura generada por el fenómeno de la globalización, entendida como un proceso y no como un estado final. El respeto de la forma de gobierno democrática es exigido a los Estados dentro de las fronteras y por la constelación posnacional de maneras formales e informales.

<sup>469</sup> Habermas, J., *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, 1998. Consultada la edición española, *La constelación posnacional*, Paidós, 2000, 81-147

El cambio radical de vida en un mundo con fronteras más flexibles determina que la acción de los Estados se examine por las sociedades nacionales y por la comunidad internacional mediante múltiples mecanismos. La justicia, como valor central de una democracia, ha adquirido en la *constelación posnacional* una mayor significación, ya que se reconoce la seguridad que brinda fronteras adentro como para la toma de decisiones en el ámbito transnacional<sup>470</sup>.

Son múltiples las relaciones entre Estados, globalización, proceso civil y derecho. Sin embargo aquí me ocuparé de dos factores que considero relevantes. Por una parte, la adopción de un ideario común de respeto a los derechos humanos manifestada a través de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en forma prácticamente unánime en la región y, por la otra, en los intentos de cooperación internacional que evidencian la trascendencia que para el desarrollo social y económico se le asigna, nacional e internacionalmente, a una justicia accesible, independiente, imparcial, con capacidad de elaborar decisiones justas, eficiente, ágil y eficaz.

Hay razones que entiendo justifican focalizar el estudio en América Latina. Si bien la integran unos veinte Estados que presentan diferencias y contrastes entre ellos, todos comparten un pasado colonial y hay importantes similitudes en su evolución durante el ochocientos y el novecientos que permiten tratarlos como un conjunto<sup>471</sup>.

En América Latina habitan quinientos setenta millones de personas<sup>472</sup> y la desigualdad social y la pobreza siguen siendo los principales desafíos de la Región<sup>473</sup>. Según informes de la CEPAL, América Latina es la región más desigual del mundo<sup>474</sup>. La falta de sistemas institucionales sólidos y estables, en los

---

<sup>470</sup> Por razones de espacio omito referirme a la tensión entre globalización y localismo, la que gravita sobre el modo en que operan las instituciones jurídicas. Con razón apunta Taruffo (ob. cit., p. 27 y ss.) que presenciamos una universalización del particularismo o una particularización del universalismo para destacar la presencia de un fenómeno opuesto a la globalización consistente en la tendencia a la fragmentación derivada de la defensa de localismo que reclaman el reconocimiento de su identidad.

<sup>471</sup> La unidad de América Latina se advierte por el simple hecho del uso de dos lenguas similares como el español y el portugués, que es un fenómeno destacable en cuanto a su capacidad de generar lazos fuertes entre diversas comunidades.

<sup>472</sup> Ver Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región, <http://www.cepal.org/estadisticas/bases/>

<sup>473</sup> Según el informe del PNUD, *Ideas y aportes: La democracia en América Latina*, New York, 2004, (p. 49), en el año 2003 vivían en situación de pobreza 225 millones de personas, de los cuales 100 millones eran indigentes.

<sup>474</sup> De acuerdo con el índice de desarrollo humano (IDH), elaborada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD- [http://www.undp.org/spanish/-](http://www.undp.org/spanish/)), ningún país de la Región se encuentra entre los primeros treinta lugares, lo cual exhibe las dificultades que ellos sufren. Las consecuencias de la pobreza y las limitaciones a acceder a las instituciones democráticas puede

cuales se respeten las reglas jurídicas, ha afectado el desarrollo político, social y económico de los países de la región. Democracia y debido proceso son condiciones directamente relacionadas con la calidad de vida de las personas y con el desarrollo económico. No obstante su riqueza natural y el importante desarrollo económico de la última década, Latinoamérica sigue en deuda en cuanto a la constitución de sociedades igualitarias.

Durante gran parte del novecientos, principalmente en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, América Latina vivió un clima de constante inestabilidad política y violencia social. En los años ochenta los países de la región recobraron sus instituciones democráticas<sup>475</sup>. Uno de los desafíos de las jóvenes democracias de América Latina es lograr una mayor confianza de sus habitantes en la justicia<sup>476</sup>.

## 9.2 CONTRASTES. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y TRANSNACIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y LAS PRÁCTICAS QUE AFECTAN LA INSTITUCIONALIDAD

Las Constituciones de las democracias occidentales y los tratados en materia de derechos humanos coinciden en destacar la trascendencia de garantizar el acceso igualitario a una justicia independiente y eficiente. Si bien los Estados cumplen con ambos parámetros en forma diferente y en términos generales se habla de la crisis de la justicia, hay una coincidencia muy fuerte sobre su efectiva relevancia para garantizar el respeto de los derechos en toda sociedad democrática.

El derecho al debido proceso desde su perspectiva constitucional y transnacional descansa en la organización de una justicia independiente e imparcial y en un sistema de reglas procesales que brinden la posibilidad de lograr el respeto de los derechos en conflicto mediante una sentencia, que como acto estatal con potencialidad coactiva, debe encontrarse precedida por un debate amplio sobre los hechos y el derecho pretendido.

Me refiero a la noción de debido proceso en términos generales, comprensivos de los conceptos tutela judicial efectiva, proceso justo, garantía de acceso a la justicia, derecho a ser oído legalmente ante los tribunales, proceso equitativo, igualdad de armas, *fair trial* o defensa en juicio. Todas ellas aluden a la obligación

---

consultarse en Mendez, J. E., O'Donnell, G. Pinheiro, p. S. *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, 2002, en particular los trabajos de la tercera parte dedicada a *Reforma institucional: el acceso a la justicia*.

<sup>475</sup> Friedman, L. M. y Pérez-Perdomo, R., *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, Stanford, 2003, pp. 1-19, destacan la importancia de analizar conjuntamente los procesos de democratización y la globalización en la Región..

<sup>476</sup> De acuerdo con recientes mediciones un 78% de la población considera que el acceso a la justicia en Latinoamérica se brinda en forma desigual ( informe del 2007 de Latinbarometro, www.latinbarometro.org p.93).



del Estado de garantizar el libre acceso a un órgano jurisdiccional independiente e imparcial que dicte pronunciamientos en forma motivada, a la igualdad de las partes, a la razonabilidad de los costos, a la celeridad, a los mecanismos de protección cautelar, a una razonable regulación de los medios de impugnación y a la efectividad para hacer cumplir la decisión.

Hasta el novecientos el derecho constitucional al debido proceso se lo relacionaba básicamente con la justicia penal. Si bien las Cartas Constitucionales del ochocientos reconocían la importancia de un debido proceso en materia civil, la protección era consagrada con mayor fuerza y detalle en el marco de un proceso penal. Terminada la Segunda Guerra Mundial, los Estados reconocieron la importancia del respeto al derecho de las minorías y la necesidad de establecer instrumentos internacionales que identificaran y protegieran los derechos humanos. Las declaraciones de derechos humanos, además de consagrar el derecho al debido proceso en materia penal, ampliaron los límites de la tutela al abarcar los conflictos en que se discutieran materias de índole civil. Así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en el art. XVIII, bajo el título Derecho a la Justicia, consagró que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, también de 1948, en el art. 10 reconoció que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Ella reconoce el derecho a ser oído públicamente para la determinación de derechos. Al comparar las Declaración Americana con la Universal se advierte cómo en la segunda surge con mayor nitidez el concepto de igualdad de las partes en disputa y las nociones de independencia e imparcialidad. La Declaración Universal es más específica que la Americana en cuanto al alcance de la garantía. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950 (art. 6°) desarrolla el derecho a un proceso equitativo.

En América, la Convención sobre Derechos Humanos de 1969<sup>477</sup> reconoció el derecho al debido proceso en el art. 8<sup>478</sup>. Como sucede con el Convenio

---

<sup>477</sup> La Convención entró en vigor el 18.7.78. De los veinticuatro Estados que ratificaron la Convención, veintiuno ratificaron la competencia contenciosa de la Corte de San José de Costa Rica.

<sup>478</sup> El artículo 25 de la Convención integra el concepto de acceso a la justicia y de debido proceso legal al ocuparse del derecho que denomina a la protección judicial, de consagrar que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Europeo, en América la mayoría de los casos planteados ante la Comisión y la Corte guardan relación con violaciones al derecho al debido proceso.

No podría aquí ocuparme de las amplias repercusiones derivadas de la aplicación por la jurisdicción interamericana de derechos humanos; me limitaré a señalar la trascendencia del reconocimiento de una obligación internacional que supone para los Estados examinar si su servicio de justicia y el modelo de proceso civil utilizado resultan acordes con el alcance del derecho al debido proceso lo cual supone un control externo sobre la referida adecuación.

Desde una dimensión constitucional se advierte que en América Latina las Constituciones se han ocupado de destacar la trascendencia del derecho al debido proceso y de establecer poderes judiciales estructurados sobre el principio de independencia e imparcialidad. En los países de la región se ha dado un importante movimiento de reforma de las cartas constitucionales. La Constitución argentina (art. 75 inc. 22) le otorgó rango constitucional a los derechos protegidos por la Convención. Similar posición asumieron las Constituciones de Venezuela (art. 23)<sup>479</sup>, Colombia (art. 93, por acto legislativo 2 del 2001), Brasil (art. 5°, LXXVIII, § 3°, enmienda constitucional 45 del 2004) y Bolivia (art. 6°, V).

La tendencia a expandir la noción de debido proceso se advierte en las nuevas cartas constitucionales. Expresamente adoptan la denominación debido proceso las Constituciones de Venezuela (art. 49), Colombia (art. 192), Ecuador (art. 192) y Perú (art. 257). Las Constituciones de Venezuela (art. 257) y Ecuador (art. 193) consideran que el sistema procesal constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

En forma específica consagran el derecho de acceso a la justicia las Constituciones de Venezuela (art. 26) y Colombia (art. 229). La Constitución de Brasil (art. 5, LXXIV) establece la obligación del Estado de prestar asistencia jurídica integral y gratuita a los que prueben insuficiencia de recursos, y la de Venezuela (art. 26) habla de gratuidad y accesibilidad en materia de justicia.

Con respecto a las características del proceso judicial, las Constituciones se pronuncian sobre el modo en que el mismo debe desenvolverse. Así, la Constitución de Venezuela (art. 26) habla de una justicia expedita y sin dilaciones indebidas. La de Brasil (art. 5° LXXVIII, según la enmienda constitucional 45 del 2004) asegura la razonable duración de los procesos y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación. La de Costa Rica (art. 41) reconoce que debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Las Constituciones de Venezuela (art. 257) y Ecuador (arts. 193 y 194) aseguran que las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y

<sup>479</sup> La Constitución de Venezuela en el art. 19 reconoce el principio de progresividad.

eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la Administración de Justicia son reconocidos por la Constitución de Ecuador (art. 193).

En cuanto al deber de motivar las sentencias, la Constitución de Brasil (art. 93, IX) dispone que las decisiones judiciales serán fundadas bajo pena de nulidad, y la de Perú (art. 139 inc. 5°) establece la obligación de motivar los fallos en forma escrita y con mención de la ley y de los fundamentos de hecho.

Para evitar que el derecho al debido proceso sea desbaratado por la carga de trabajo, la Constitución de Brasil (art. 93, XIII, según la enmienda constitucional 45 del 2004) señala que el número de jueces será proporcional a la efectiva demanda judicial y la población sobre la que ejerza jurisdicción.

El examen de los textos constitucionales muestra la relevancia asignada al derecho al debido proceso. Se ha evolucionado de la mera declaración sobre su existencia a la específica mención de ciertos requisitos básicos que deben ser cumplidos para satisfacer la obligación asumida por el Estado.

La tendencia hasta aquí descrita en el plano transnacional como en el constitucional, en sus notas más salientes, enfrenta una tradición de formalismo y falta de eficiencia en el desarrollo del proceso que mira los avances descritos desde la perspectiva del ochocientos.

Sin perjuicio de las coincidencias en cuanto a la relevancia del derecho al debido proceso, se advierte que el modelo de proceso civil vigente en la mayoría de los Estados de la región es definidamente escriturario, con limitaciones en cuanto a la práctica de la intermediación, desconcentrado, lento y fuertemente formalista, además de no favorecer el acceso de un gran número de personas en situaciones de desigualdad cultural y económica, por mencionar sólo las características más preocupantes.

Las debilidades del modelo tienen incidencia no solamente con respecto a aquellos que acuden a la justicia en busca de una solución para un conflicto individual y reciben una respuesta desalentadora. El proceso civil brinda las reglas que permiten estructurar el debate necesario para desarrollar el derecho a través de decisiones judiciales y tiene, entre otras finalidades, dar el marco para la discusión sobre políticas públicas entre los ciudadanos y el Estado. Constituye una de las piezas clave del equilibrio institucional entre los poderes. Una justicia eficaz contribuye a solucionar problemas individuales y colectivos.

Además de los problemas que exhibe el modelo de proceso civil en América Latina, hay una tendencia de un buen número de poderes políticos a poner en jaque la independencia judicial. Las Constituciones reconocen que la justicia debe

ser independiente pero las últimas décadas han mostrado variados ejemplos de cuestionamientos y ataques a los poderes judiciales. Ambos factores, debilidad del modelo de proceso civil y escasa tolerancia a la independencia judicial son elementos clave para evaluar el grado de compromiso de un Estado con respecto a la institucionalidad democrática.

América Latina, desde la década del setenta, ha intentado consolidar los gobiernos democráticos. Los Estados de la región cumplen, en general, con las condiciones descritas por Dahl<sup>480</sup> para identificar a una democracia; sin embargo, la institucionalidad, entendiendo por tal las reglas formalizadas y explícitas que comprenden tanto la estructura organizativa del Estado y su funcionamiento como el respeto de los derechos humanos, ha presentado debilidades. O'Donnell<sup>481</sup> ha caracterizado a las democracias de América Latina como *democracias delegativas* debido a que presentan ciertos elementos que las diferencian con respecto a las democracias políticas de los países centrales. Encuentra los siguientes elementos comunes que le permiten hablar de *democracia delegativa*: fuerte delegación en el poder ejecutivo para tomar decisiones sin control una vez definida la elección, intento de despolitizar a la población con excepción de los breves períodos en que se requiere su apoyo y una pérdida del ejercicio concreto de los controles entre las instituciones políticas. En la búsqueda de las causas que determinan el descrito estado de cosas, Alberti<sup>482</sup> considera que existe un problema de cultura política que atenta contra la democracia latinoamericana. Entiende que las *democracias delegativas* no son un fenómeno nuevo sino la reproducción de viejas prácticas en nuevos contextos. Para Alberti la cultura política que llama “*movimientismo*” posee un carácter radicalmente opuesto a la consolidación institucional, con fuerte tendencia hegemónica, tributario de una lógica de amigos y enemigos, de inclusión y exclusión, que caracteriza a los comportamientos políticos de muchos de los países de América Latina desde 1930. A pesar de la imposibilidad de detenerme en el estudio de las debilidades estructurales de la democracia latinoamericana es posible coincidir que sufre un agudo proceso de debilidad institucional<sup>483</sup>. La fragilidad de sus instituciones

<sup>480</sup> Dahl, R., *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 221, considera que las referidas condiciones se cumplen cuando los Estados cuentan con autoridades públicas electas, elecciones libres y limpias, sufragio universal, derecho a competir por los cargos públicos, libertad de expresión, información alternativa y derecho a formar asociaciones con autonomía. Si bien Dahl utiliza el término “poliarquía” para definir a la democracia política, en éste trabajo he preferido utilizar la voz “democracia”.

<sup>481</sup> O'Donnell, G., *¿Democracia delegativa?*, en *Contrapuntos, Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Piados, Buenos Aires, 1997, pp. 287 y ss.

<sup>482</sup> ALBERTI, G., “*Movimientismo*” and *Democracy: An Analytical Framework and the Peruvian Case Study*, en *O desafío da Democracia na America Latina*, Denis, Elis, compilador, IUPERJ, 1997, pp. 253 y ss.

<sup>483</sup> O'Donnell, *Otra institucionalización*, en *Contrapuntos...*, ob. cit. nota 8, p. 304. Del mismo autor *Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina*, en *La (in)efectividad de la ley y la*

cohabita con (y tiene la grave responsabilidad de ser en buena medida la causa de) uno de sus niveles de desigualdad<sup>484</sup>.

La falta de una institucionalidad en Latinoamérica se caracteriza por la ausencia de reglas estables y comportamientos previsibles. En términos de práctica política hay una marcada preponderancia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo, producto de una arraigada forma de gobierno de carácter presidencialista y de una lógica de ejercicio del poder que en buena medida deriva del caudillismo, que se materializa en una concentración de poder y la imposibilidad de lograr consensos de cierta perdurabilidad. En la distribución de poder estatal y en el juego de pesos y contrapesos, el Poder Judicial no ha logrado establecerse como un factor decisivo del proceso político<sup>485</sup>. Así la experiencia de Latinoamérica se diferencia de las democracias parlamentarias europeas que exhiben un poder preponderante del Legislativo. También difiere con respecto a la experiencia angloamericana ya que no se percibe al Poder Judicial como un actor decisivo en el juego de los poderes del Estado<sup>486</sup>, que pueda efectuar un balance entre los distintos factores; al desempeñar un papel protagónico en el

---

*exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 305 y ss. Ver también O'Donnell, G. *Revisando la democracia delegativa*, enero 2010, Club Político, [http://clubpoliticoargentino.blogspot.com/2010\\_01\\_01archive.htm](http://clubpoliticoargentino.blogspot.com/2010_01_01archive.htm)

<sup>484</sup> De acuerdo con el *Informe sobre el Progreso Económico y Social de América Latina 2001, La Competitividad Motor del Crecimiento*, Banco Interamericano de Desarrollo (ver en <http://www.iadb.org/>): *Las deficiencias de las instituciones públicas son posiblemente la principal causa de los problemas de competitividad de los países latinoamericanos... En ausencia de un sistema jurídico-legal estable y respetado, pueden faltar los incentivos para asimilar tecnologías nuevas que requieren inversiones a largo plazo, elevan los riesgos de incumplimiento de los contratos y, por consiguiente, los costos de transacción. También pueden limitar la capacidad del sistema financiero para apoyar el desarrollo de nuevas inversiones, ante la eventualidad de que sus derechos no sean respetados. La ineficacia del gobierno o un ambiente propicio a la corrupción puede desalentar la inversión extranjera y la transferencia de tecnologías, y puede desviar recursos de actividades productivas hacia actividades de búsqueda de rentas...*. Con similar orientación el *The Global Competitiveness Report 2002 –2003*, Foro de Economía Mundial, Oxford University Press (ver en <http://www.weforum.org/>) sostiene que las instituciones públicas son en gran medida responsables de las grandes deficiencias de competitividad de los países de América Latina. De acuerdo con el citado informe países como Uruguay y Chile con un alto grado de confianza en el Poder Judicial se encuentran en posiciones destacadas en el índice de instituciones públicas. Sobre 80 países Chile se ubica en el lugar 20 y Uruguay en el 19. La incidencia de la debilidad institucional y la economía en Latinoamérica puede consultarse en Könz, Peider, *Rule of law for sustainable development: reflections on the Latin American institutional gap*, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya <http://www.iigov.org/revista/>

<sup>485</sup> Correa Sutil, J., *Reformas judiciales en América Latina; ¿buenas noticias para los desfavorecidos?*, en *La (in)efectividad de la ley...* ob. cit nota 11, p. 263, sostiene que el Poder Judicial jugó un papel menor, si no irrelevante, en la historia de los países latinoamericanos.

<sup>486</sup> Garro, A., *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I, p. 12 explica que en América Latina no se ha cuestionado mayormente la legitimidad y necesidad de contralor de constitucionalidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

equilibrio entre las funciones estatales. No es visto como un actor político decisivo pero se le reclama una mayor eficiencia. En ese sentido el nivel de desconfianza en el Poder Judicial en Latinoamérica es muy alto pero varía de acuerdo con la situación interna de cada país.

La debilidad institucional no es un concepto abstracto ya que se nutre de ejemplos concretos en los que ella se manifiesta. El Poder Judicial convive con los restantes poderes del Estado en coyunturas que reflejan un desapego a los propósitos y a la lógica que se desprende de una razonable interpretación de los acuerdos básicos de una democracia, y de las reglas y principios insertos en los textos constitucionales.

La historia reciente revela que Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Haití, Honduras, Paraguay y Venezuela han afrontado serios problemas de carácter institucional que conviven con -o tienen causa en- una forma de cultura política no dispuesta a aceptar que el Poder Judicial ejerza su función de control, de defensa de los derechos individuales y de interpretación constitucional<sup>487</sup>.

También en el escenario latinoamericano encontramos situaciones de solidez institucional. Así Brasil, Costa Rica, Chile y Uruguay han logrado equilibrar la acción de los poderes del Estado y en ese marco sus sociedades manifiestan un alto grado de conformidad con el Poder Judicial<sup>488</sup>.

He destacado tres dimensiones que entiendo influyen en materia de justicia. En primer lugar el sistema interamericano se ha afianzado y con él la exigencia para los Estados de adecuar sus sistemas judiciales y el modelo de proceso civil al derecho al debido proceso que desde esa perspectiva resulta un estándar mínimo a ser cumplido. En segundo orden menciono que hay un movimiento constitucional que desarrolló el derecho al debido proceso en materia civil y estableció exigencias concretas para los Estados. En tercer término subrayo la reticencia de la práctica política de poder concentrado que relativiza la importancia de un Poder Judicial fuerte e independiente. Los avances en el campo transnacional y constitucional colisionan con comportamientos profundamente arraigados que desconocen la relevancia democrática del derecho al debido proceso y limitan

<sup>487</sup> Un balance general sobre la situación de los Estados de la Región en cuanto al respeto de los derechos humanos y al respeto de las instituciones, en particular, a la justicia, puede consultarse el *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 2009*, en <http://www.cidh.org/default.htm> Con respecto a la debilidad de los Poderes Judiciales en América Latina ver, Prillaman, W. *The Judiciary Decay and Democratic Decay in Latin America*, Westport, 2000, En cuanto a la situación de las instituciones en Latinoamérica puede consultarse la obra dirigida por Ansaldi, W. *La democracia en América Latina, un barco a la deriva*, del Fondo de Cultura Económica, México, 2006 y a Pérez-Liñán, A. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

<sup>488</sup> Ver *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003*, <http://cejamericas.org/>.

los esfuerzos destinados a darle plena operatividad. El estancamiento del modelo de proceso civil tiene lazos profundos con esa tensión no resuelta.

### 9.3 BREVES NOTAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE PROCESO CIVIL EN AMÉRICA LATINA

Ciertas notas actuales del proceso civil en América Latina son muy difíciles de comprender sin hacer algunas muy simples referencias a su pasado. Van Caenegem<sup>489</sup> explicó cómo Alfonso X, el Sabio<sup>490</sup>, produjo una masiva recepción del derecho romano-canónico en el *Libro de las Leyes*, mejor conocido como las *Siete Partidas*, que fueron definitivamente adoptadas por el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que tuvo influencia en el proceso civil español hasta el siglo XIX. En Portugal la influencia de las *Siete Partidas* se advierte a través de las *Ordenações Afonsinas* de 1446, que establecían que ante la ineficiencia de la ley nacional era posible aplicar el derecho romano-canónico. Entre 1492 y 1808 España se transformó en una monarquía centralista y un poder mundial. La referencia a las *Siete Partidas* y a las *Ordenações Afonsinas* intenta sólo demostrar el origen romano-canónico de la legislación llevada por los conquistadores a América Latina. Destaca Kleinheisterkamp<sup>491</sup> que la legislación y la práctica de las Cortes trasladada a las colonias de América Latina puede ser caracterizada como lenta, costosa, altamente impredecible y muchas veces permeable a la corrupción. En ese contexto de confusión legislativa y de lejanía con el poder central de la corona, el valor de la ley era ciertamente relativo<sup>492</sup>. El poder del Rey de España era amplio pero no ilimitado. Una limitación importante estaba dada por la distancia de las colonias españolas en América con el centro del poder, agravada por las dificultades de las comunicaciones y la vastedad del territorio.

Carlos V decidió en 1524 crear el Consejo de Indias para actuar sobre las colonias. Nueve *audiencias* fueron establecidas durante el siglo dieciséis para revisar, como cortes de apelación, las acciones tomadas por los virreyes, como autoridad civil, y los capitanes generales, en su carácter de autoridad militar<sup>493</sup>. El imperio portugués en Brasil, consolidado luego del Tratado de Tordesillas (1493), produjo un desarrollo similar al español, y las *relações*, como las *audien-*

<sup>489</sup> VAN CAENEGEM, R. C., *History of European Civil Procedure*, International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure, V. XVI, 1973, pp. 38-42.

<sup>490</sup> 1252-1284.

<sup>491</sup> Kleinheisterkamp, J., Development of Comparative Law in Latin America, en Reimann, M., y Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 261- 301. Ver también Karst, K. L. y Rosenn, K. S., *Law and Development in Latin America*, Berkeley, 1975, pp. 10-64.

<sup>492</sup> Kleinheisterkamp, ob. cit. p. 265, recuerda el proverbio usado en la colonia: *la ley se conoce pero no se cumple* (the law is acknowledge but not enforce).

<sup>493</sup> Sobre el desarrollo del derecho en las colonias españolas ver Clark, D. Judicial protection of the Constitution in Latin America (1975), en Merryman, J. H., Clark, D., Haley, J.H., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, Charlottesville, 1994, pp. 351-399.

cias españolas tuvieron por finalidad limitar los excesos de los capitanes generales. Los tres siglos de dominación española y portuguesa en América Latina muestran que la distancia, no sólo física sino cultural y política, tuvo sus efectos en el desarrollo de una cultura ciertamente diferente, producto de los condicionamientos de un contexto diverso del de Europa. Las dificultades del poder real para gobernar y establecer cierta visión común sobre las reglas jurídicas se agigantan si se toma en cuenta la dimensión territorial de América Latina y su desolación, ya que a principios del ochocientos era habitada sólo por 21.760.000 de personas<sup>494</sup>.

Con la ocupación de Napoleón en la Península Ibérica surgió un movimiento independentista que dio lugar al nacimiento de nuevas repúblicas entre 1810 y 1825<sup>495</sup>. Es interesante observar cómo influyen sobre el movimiento independentista tanto las ideas de la Revolución Francesa como las del proceso constituyente de Estados Unidos de Norteamérica, de 1787<sup>496</sup>. Esa influencia es notable en la Constitución Argentina de 1853 cuyo texto fue basado en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>497</sup>. El sistema norteamericano de *check and balances* fue reproducido y la Corte Suprema Argentina mantiene la tradición de citar los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Como curiosidad de la Constitución argentina menciono que en su art. 24 establece que el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados. No obstante la claridad del texto constitucional, el Congreso Nacional no incorporó a los jurados en los códigos procesales penales y civiles. El constituyente de 1853 estableció también que el Congreso debía dictar códigos en materia civil, comercial y penal, entre otros, lo cual es interpretado como una recepción de las ideas francesas. La Constitución de Brasil de 1891 adoptó un sistema federal para la República, que con modificaciones continúa vigente<sup>498</sup>, bajo la directa influencia de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>494</sup> Clark, ob. cit., pp. 372-373.

<sup>495</sup> Brasil declaró su independencia en 1822 pero continuó siendo un imperio centralista hasta 1889 en que se constituyó como república federal.

<sup>496</sup> Ver Schor, M., *Constitutionalism Throug the Looking Glass of Latin America*, Texas International Law Journal, 2006, vol. 41, pp. 2-37,

<sup>497</sup> Si la Constitución Argentina fue modificada en varias oportunidades su diseño institucional mantiene con algunos ajustes sus características originarias.

<sup>498</sup> Ver Barbosa Moreira, J. C., *Temas de Direito Processual*, capítulo referido: A importação de modelos jurídicos, Sao Paolo, 2004, pp. 255 y ss. y Pellegrini Grinover, A. y Watanave, K., The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in a Global Society – Legislative and Legal Assistance to Other Countries in Procedural Law. Brazilian Report, en Deguchi, M. y Storme, M. editors, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Maklu, 2008, pp-223-234.



Durante el ochocientos y el novecientos, los países latinoamericanos siguieron la tradición francesa de codificar. En materia procesal los países de la región, como demuestra Vescovi<sup>499</sup>, se inspiraron en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855<sup>500</sup>. En Argentina el Código Procesal Civil de 1880 reprodujo trescientos noventa y dos artículos, sobre ochocientos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. En Perú, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que rigió hasta 1993, fue concebido bajo la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881<sup>501</sup>.

La simple adscripción de América Latina a la tradición del *civil law* es un esfuerzo de asimilación que oculta aspectos de gran significación. Si bien examinar las particularidades de América Latina es una tarea compleja que aquí no puede ser desarrollada, me limito a desatacar ciertas líneas de su desarrollo que ayudan a comprender mejor su presente. América Latina fue durante trescientos años una colonia distante del poder central. La visión sobre el derecho y su práctica con respecto al imperante en Europa y Portugal respondía a una realidad notablemente distinta<sup>502</sup>. Los problemas que enfrentaba el derecho para

<sup>499</sup> Vescovi, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, 1978, en especial la 1-23.

<sup>500</sup> No obstante que la en 1881 entró en vigencia una nueva ley de enjuiciamiento civil en España, la de 1855 tuvo mayor influencia.

<sup>501</sup> Monroy Gálvez, J., *Teoría general del proceso*, Lima, 2007, PP- 118-124.

<sup>502</sup> Prats i Catalá, J., *Liderazgos, democracia y desarrollo: La larga marcha a través de las instituciones*, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, en <http://www.iigov.org/revista/>, sintetiza ciertas notas del pasado latinoamericano que creo oportuno transcribir parcialmente: *Ninguna región del mundo ha tenido un pasado colonial tan extenso e intenso como el de América Latina: tres siglos que siguen condicionando el presente y el futuro. De entre las experiencias coloniales sólo en América Latina y el Caribe los descubridores y colonizadores desarticulaban o destruyeron los sistemas sociales preexistentes y construyeron nuevas civilizaciones. La institucionalidad informal de América Latina, su cultura cívica y política profundas, no pueden entenderse sin el legado colonial. A dos siglos ya de independencia, todavía no se han podido erradicar ciertos caracteres casi idiosincráticos, que por ello mismo no pueden abolirse por Decreto. A lo largo de tres siglos arraigaron instituciones y pautas culturales que provenían de la parte de Europa preliberal, premoderna, precientífica y preindustrial, de la Europa de la Contrareforma, centralizada, corporativa, mercantilista, escolástica, patrimonial, señorial y guerrera, donde la idea de libertad no deriva del derecho general sino de la obtención de un privilegio jurídico. El sistema colonial español ha sido caracterizado como “una red gigantesca de privilegios corporativos e individuales que dependían para su sanción y operatividad final de la legitimidad y autoridad del monarca” (Wiarda: 1998). Cuando se desintegró esta red de clientelismo, patrimonialismo y cuerpos corporativos interconectados que había procurado cierta cimentación política y social al Imperio y al vasto y casi vacío territorio de América Latina, los padres fundadores de América Latina y Bolívar al frente de ellos, encararon un difícil dilema: por un lado, los ideales ilustrados, la lucha por la independencia, el deseo de libertad, el ejemplo norteamericano, todo los llevaba a adoptar la forma de gobierno republicana; por otro, reconocían realísimamente las tendencias anárquicas y desintegradoras de sus pueblos. El compromiso a que se llegó consistió en concentrar el poder en el Ejecutivo, dotado con amplias facultades de emergencia, en detrimento del Legislativo y el Judicial, en restringir la representación a los propietarios, en restablecer privilegios corporativos especialmente a favor del Ejército y de la Iglesia, y en idear nuevos mecanismos de control para mantener a los de abajo en*

armonizar la vida social en Europa eran diversos de aquellos que se presentaban en la vida de las colonias. Los componentes de una sociedad jerárquica<sup>503</sup> se manifestaban en un contexto en que el poder oscilaba entre cierta autonomía de los delegados del rey y una corona tan lejana como pretendidamente centralista. Para superar las dificultades de los nuevos Estados el movimiento independentista de América Latina trasplantó el ideal iluminista de la codificación y un marco constitucional y republicano en el que la idea de los *cheks and balances* respondía a una fuerte creencia sobre la capacidad de los jueces para equilibrar la distribución del poder. La codificación en los países de la Región no fue inspirada en una creencia fuerte sobre el respeto al legislador como artífice de la voluntad general sino en el intento de superación de la anarquía normativa reinante. La adscripción a una estructura constitucional similar a la de los Estados Unidos de Norteamérica no constituyó un acto de confianza en los jueces como actores del balance de poderes sino la adopción de una forma institucional que había permitido cumplir con metas de desarrollo económico y de respeto de libertades consideradas esenciales. Cada Estado de la región intentó el mejor equilibrio posible en la adopción de las instituciones adoptadas. El *civil law* y el *comon law* influyeron sobre América Latina simultáneamente, y los Estados readaptaron esas reglas a sus propias circunstancias e idiosincrasia.

El modelo de proceso civil latinoamericano se sustenta en la idea codificadora, pero se mantiene leal al modelo romano canónico al seguir las leyes de enjuiciamiento españolas del ochocientos<sup>504</sup>. Entre sus características, encontramos que el juez contaba con limitados poderes en cuanto a la conducta de las partes y los presupuestos procesales, y la prueba que se estructuraba en forma desconcentrada en una serie de actuaciones documentadas por escrito, con una gran dispersión de los actos del proceso, nítidamente formalista y lento. La adopción de plenarios rápidos para una serie numerosa de materias no modificaba sustancialmente la demora del proceso, dado que, si bien se acortaban algunos tiempos del proceso, la estructura no se alteraba sustancialmente.

El ideal de sociedad jerárquica expresado en dicho modelo era congruente con la tradición dominante en América Latina durante el ochocientos y buena parte del novecientos. La imagen del juez coincidía con la de un árbitro neutral para el cual la justicia de la decisión en un proceso civil resulta indiferente.

---

su sitio (Wiarda: 1998). Prats I Catalá se refiere al texto de Wiarda, H.J., "Historical Determinants of the Latin America State", en Velligna, M., (compilador), *The Changing Role of the State in Latin America*, Westview Press, 1998.

<sup>503</sup> Uso la expresión sociedad jerárquica en el sentido explicado por Damaska, M. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative aproach to the legal process*, Yale University Press, 1986.

<sup>504</sup> Ver Van Caenegem, R. C. ob. cit. p. 102 y ss. Brasil continuó aplicando las Ordenanzas de Felipe II y recién en 1939 sanciona su Código Procesal Civil.

El modelo se construye bajo el presupuesto que sirve exclusivamente para el debate de temas privados dominados por la idea exclusiva y sin matices de la autonomía de la voluntad<sup>505</sup>.

La adopción en América Latina de códigos procesales modelados tomando como fuente al proceso civil español del ochocientos puede ser explicada por la continuidad de las formas en que eran llevados los procesos hasta la creación de los nuevos Estados, los fuertes lazos existentes con España, el uso de un lenguaje profundamente asimilado en los usos de las cortes y cierto conservadurismo de los jueces y los abogados acostumbrados a desarrollar los conflictos bajo reglas similares a las usadas en la época colonial. Como antes lo mencioné, la arquitectura de los códigos procesales del ochocientos recoge fuertemente las tradiciones medioevales respetadas durante la época colonial.

El modelo estaba diseñado para regular los conflictos entre partes individuales y preservar un papel pasivo del juez. A fines del novecientos las ideas sobre la absoluta disponibilidad de las partes sobre el desarrollo del proceso comienzan a verse afectadas por reformas legislativas que reconocen un mayor activismo del juez en la búsqueda de la verdad. La práctica demostró que esas reformas no lograban cambios sustanciales debido a que la estructura desconcentrada del proceso y la cultura atentaba contra una mayor intermediación e involucramiento del juez en las distintas fases del proceso.

#### 9.4 EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESO CIVIL. BUENOS RESULTADOS Y RELATIVA REPERCUSIÓN EN LATINOAMÉRICA

En la segunda mitad del novecientos las deficiencias del modelo de proceso civil heredado por América Latina alentaron la búsqueda de alternativas de cambios. El consenso entre los profesores de derecho sobre la necesidad de renovar las pautas bajo las cuales fueron concebidos los códigos procesales de los países de la región impulsó a que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal elaborara primero un proyecto de bases (1970) y luego un anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica<sup>506</sup> (1982) cuya redacción fue encomendada a los profesores GELSI BIDART, VESCOVI y TORELLO. En la Exposición de motivos del anteproyecto puede leerse que se trata de un intento destinado a revertir la situación generada por la legislación entonces vigente en la región bajo procesos dominados por actos reproducidos en forma escrita, “*desesperadamente*

---

<sup>505</sup> Ver DAMASKA, M. R., ob. cit., p. 169 y ss. dedicado al proceso como resolución de conflictos y sus objeciones.

<sup>506</sup> El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal publicó el volumen *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988. Un análisis más amplio sobre el anteproyecto puede consultarse en Schipani, s. y Vaccarella, R. editores, *Un “Codice tipo” di procedura civile per l’America Latina*, Roma 1990.,

escrita” como solía explicar COUTURE, lentos, pesados y alejados de la realidad. El anteproyecto alentó la conducción del proceso por el juez y su activa participación en materia probatoria. En ese sentido, concibe una audiencia preliminar con la finalidad de intentar una conciliación, esclarecer el objeto del proceso y establecer el modo como debía producirse la prueba<sup>507</sup>.

El anteproyecto expresamente destacó la importancia de la inmediación y del rol activo del juez en la conducción del proceso. Entre los principios del anteproyecto destacó el de dirección del proceso por el juez (art. 2) y la exigencia para las partes de actuar con buena fe y lealtad procesal (art. 5). El anteproyecto contiene también una instancia conciliadora concebida como fase previa al proceso<sup>508</sup>.

Los ejes centrales del modelo de proceso civil dominante en América Latina fueron modificados por el anteproyecto. Se trata de nociones simples de amplias repercusiones. El modelo de proceso desconcentrado, en el que todo se vuelca en testimonios escritos de lo ocurrido, conducido por las partes ante un juez pasivo, es reemplazado por un proceso por audiencia bajo la atenta mirada del juez.

El debate oralidad versus escritura ha contado con sostenedores y detractores. Se ha magnificado la importancia de las formas de los actos procesales y se han absolutizado sus consecuencias. Los detractores de la oralidad han reflexionado con razón que un proceso tiene actuaciones orales y escritas y que la oralidad total es de escasa utilidad práctica. Esos cuestionamientos desatienden el problema central del carácter abierto y participativo de un proceso por audiencias. Se trata de una opción de política pública que privilegia que el debate judicial se realice ante un tribunal que actúe con las puertas abiertas, lo cual es un importante factor de inserción social y de transparencia en los asuntos de la justicia. El proceso por audiencias por su carácter público resalta el valor de la independencia judicial por la mayor transparencia de la sucesión de actos ante el Tribunal.

El anteproyecto no intentó trasplantar un Código vigente. Se trató de la elaboración de un modelo pensado para Iberoamérica.

Uruguay sancionó en 1989 el Código General del Proceso que con ligeras modificaciones replicó el anteproyecto<sup>509</sup>. El proceso de reforma no fue un simple

<sup>507</sup> Una muestra de la constante curiosidad de la doctrina sobre los desarrollos en el *common law* y en *civil law* es la cita que los autores del Anteproyecto realizan al describir la audiencia preliminar sobre la “*preliminary hearing*” del derecho de los Estados Unidos de Norteamérica y a la evolución del *Zivilprozessordnung* (1895) elaborado por Klein.

<sup>508</sup> Ver arts 263 a 267.

<sup>509</sup> Un reciente comentario sobre el funcionamiento de la audiencia preliminar en Uruguay puede consultarse en Greif, J., *Derecho Procesal*, Uruguay, 2009, en especial el capítulo: la audiencia preliminar y el despacho saneador en el centro de la reforma, pp. 63-79.

cambio de legislación ya que las tareas de implementación referidas a la infraestructura y al entrenamiento de los operadores del sistema fueron acordes con el cambio propuesto. Las previsiones sobre el número de jueces<sup>510</sup> que requería su puesta en funcionamiento permitieron que no afrontaran una carga de trabajo excesiva, que terminara por desdibujar la idea de intermediación.

La duración media de los procesos en Uruguay se estima entre 13 y 15 meses en los procesos de conocimiento amplio<sup>511</sup>. Uruguay logró que la actividad del juez y de las partes se encaminara a lograr importantes resultados en términos de reducción de la dilación del proceso.

El Perú mediante la reforma de 1993 sanciona un nuevo Código Procesal Civil en el que se incorporan como principios la intermediación, la conciliación, la economía y la celeridad procesal, para lo cual toma como una de sus fuentes el anteproyecto de Código Modelo. El Código establece que el juez controlará la constitución válida del proceso mediante una resolución que tenga por fin sanear las eventuales nulidades y efectuar correcciones. Una vez superada dicha fase, debe llamar a una audiencia de conciliación en la que se fijan los puntos controvertidos y se acuerda el desenvolvimiento del proceso probatorio<sup>512</sup> (arts. 468 a 472).

Producto de la reforma el tiempo promedio de duración del proceso, que durante la vigencia del viejo Código de 1912 era de doce años, fue reducido a cuatro años<sup>513</sup>. Un dato importante para valorar el impacto de la reforma peruana al compararla con la que tuvo lugar en Uruguay es que los recursos y el compromiso con la reforma fueron por parte del Estado y los sectores de la sociedad civil marcadamente menores.

En Uruguay hubo un efectivo proceso de reforma y una importante tarea de implementación de los cambios, que fueron acompañados por un fuerte compromiso del gobierno y de los sectores sociales vinculados con el área de justicia. La reforma de Perú convivió con problemas institucionales que mermaron su eficacia.

---

<sup>510</sup> Según las estadísticas uruguayas del 2006 hay un juez cada 6.900 habitantes y el promedio de causas que reciben es del orden de unos 460 asuntos.

<sup>511</sup> Ver: Pereira Campos, S., *El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil*, Montevideo, 2008 y Simón, L. M.: "El Código General del Proceso del Uruguay," Organización de Estados Americanos (2002), [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ur\\_ref\\_jud.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ur_ref_jud.pdf)

<sup>512</sup> Ver Rodríguez Domínguez, E. A., *Manual de derecho procesal civil*, Lima 2005, en especial pp. 213-218.

<sup>513</sup> Ver las estadísticas del año 1997 en Eyzaguirre, H. Marco Institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina, en Jarquin, E y Carrillo F., editores, *La economía política de la reforma judicial*, New York, BID, 1997.

Argentina, al ser un país federal en el cual las provincias dictan sus propios códigos procesales y organizan en forma autónoma la Administración de Justicia, presenta un mosaico de reformas<sup>514</sup>. Si bien la legislación procesal que rige en cada una de las provincias, en general, sigue una orientación similar, hay algunas reformas que han sido exitosas como la de la Justicia de Tierra del Fuego, cuya legislación siguió el Anteproyecto de Código Modelo y pasó por un razonable proceso de implementación.

Como tendencia puede advertirse que en la mayoría de las provincias y en el ámbito federal el proceso tiene dos características centrales: falta de inmediación y de concentración. Si bien muchas de las reformas establecen que se debe celebrar una audiencia preliminar y que el juez debe conducir el proceso con inmediación, la práctica demuestra que los jueces no asumen la conducción del proceso en contacto con las partes.

Las reformas procesales que intentaron transformar el proceso argentino, *desesperadamente escrito*, por intermedio de modificaciones legislativas que incorporaron la audiencia preliminar no tuvieron éxito, entre otras razones, porque mantuvieron la estructura de los juzgados de primera instancia preparados como burocracias que actúan como una cadena de delegación de funciones. El juez de primera instancia normalmente es asistido por entre 10 y 12 empleados. Ellos se reparten la atención de los actos desconcentrados del proceso, y el juez básicamente es el encargado de redactar la sentencia una vez que el proceso ha culminado. Hasta ese momento el proceso es cosa de los abogados y, en el mejor de los casos, de los empleados del juez. Hay una tendencia a no concentrar la actividad procesal y a delegar funciones que deberían ser cumplidas por los jueces. Es cierto también que los recursos humanos y de estructura judicial varían entre las distintas provincias. En la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, hay un juez civil cada ochenta y cinco mil habitantes, dato que demuestra que el problema normativo es irrelevante ante la carencia de recursos mínimos para prestar el servicio.

En los hechos las reformas se han ocupado sólo del problema normativo y no han tratado temas estructurales y de funcionamiento que permitan pensar en un mejoramiento efectivo de la situación de la justicia civil<sup>515</sup>. Un estudio del Banco Mundial realizado en 2001 comenta que

... uno de los problemas principales con el que se enfrentan los tribunales argentinos...es el papel pasivo que los jueces asumen en los litigios. A pesar

<sup>514</sup> Uno de los inconvenientes para evaluar el tiempo y el costo del proceso en Argentina es la falta de datos estadísticos confiables sobre los cuales pueda realizarse una evaluación.

<sup>515</sup> Recientemente me he ocupado del estado del proceso de reforma en Argentina en OTEIZA, E.: Argentina. El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino, en CARPI, F, y ORTELLS, M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2009, pp. 413-439.

que según el Código de Procedimientos Civiles los jueces tienen a su alcance varios medios para manejar las causas de manera activa, en muchos casos los jueces parecen renuentes a hacerlo. Asimismo, a pesar de que el Código de Procedimientos Civiles ordena que los jueces participen con las partes en los debates de conciliación (art. 360) y que el Código dispone, además, que los jueces tienen autoridad para participar de manera activa y para acelerar el proceso, los jueces no hacen uso frecuente de esa libertad de acción. Los jueces opinan que a ellos no les corresponde movilizar las causas dentro del sistema. Existe una especie de creencia general que las partes y no los jueces, son los que deberían definir el ritmo de los litigios. Esto les permite a los abogados de las partes ejercer demasiado control sobre el proceso judicial, hecho que puede causar demoras excesivas<sup>516</sup>.

Existe una práctica profundamente arraigada en la cultura jurídica argentina que es contraria a la conducción efectiva del proceso por el juez. El calificativo de *inquisitorial* difícilmente pueda ser usado para caracterizar la posición del juez en el desarrollo concreto del proceso civil argentino. Podría decirse que el proceso se manifiesta en forma puramente *adversarial* por el dominio que tienen las partes sobre el control del desarrollo del proceso<sup>517</sup>. Padece la contradicción de aparentar ser *inquisitorial* en el plano normativo y manifestarse como claramente *adversarial* en la práctica.

Brasil en 1973 adoptó el *Código de Processo Civil*<sup>518</sup>, que con importantes modificaciones continúa vigente<sup>519</sup>. En la actual redacción el Código contempla la realización de una audiencia que tendrá por finalidad: intentar una conciliación, fijar los puntos controvertidos, resolver las cuestiones pendientes y determinar cómo las pruebas deben ser producidas y cuándo se celebrarán las audiencias (art. 331)<sup>520</sup>. Barbosa Moreira llama la atención sobre lo difícil de evaluar el rendimiento del proceso civil en Brasil sin estadísticas que suministren datos útiles

<sup>516</sup> Dakaloias, M. y Sprovieri, L., *Argentina. Evaluación del Sector Jurídico y Judicial*, Banco Mundial, 2002, [www.worldbank.org/legal/publications/argentina-spanish-final.pdf](http://www.worldbank.org/legal/publications/argentina-spanish-final.pdf)

<sup>517</sup> El Código Procesal Civil de la Nación impone a las partes actuar con lealtad, probidad y buena fe, sin embargo no hay controles sobre su efectivo cumplimiento.

<sup>518</sup> El primer Código Procesal de Brasil es de 1939, no obstante haberse sancionado la Constitución Republicana en 1891.

<sup>519</sup> Sobre el funcionamiento de la justicia civil en Brasil puede consultarse a BERMUDEZ, S. *Administration of Civil Justice in Brazil*, en ZUCKERMAN, A. S. *Civil Justice in Crisis...* ob. cit. pp. 347-362.

<sup>520</sup> El Proceso Civil en Brasil se encuentra en plena etapa de reformas parciales. En ese sentido ver Iochohama, C. H., Assagra de Almeida, G., Gomes Junior, L. M., Faverto, R., *Reunión de los 21 países iberoamericanos para discutir sus experiencias en los procesos de reforma del proceso civil: Antigua, Guatemala, del 13 al 16.10.2009*, Revista de Processo, 178, diciembre 2009. Allí puntualizan el impacto del Pacto de Estado a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano, cebrado entre los tres poderes del Estado y las medidas legislativas propuestas que fueron mayoritariamente convertidas en ley.

con respecto al tiempo de duración de los mismos<sup>521</sup>, y Dinamarca<sup>522</sup> puntualiza las dificultades que encuentran los jueces para cumplir con su tarea debido a la carga de trabajo, hecho que se demuestra a partir de la relación juez-habitantes que en Brasil es de uno cada veinticinco mil.

Un interesante proceso de reforma se originó con la sanción de la *Lei dos Juizados de Pequenas Causas*<sup>523</sup> basada en el desarrollo de las *Small Claims Courts* norteamericanas<sup>524</sup>. La Constitución de Brasil de 1988 obligó, a la Unión Federal y a los Estados, a crear juzgados de pequeñas causas que luego se llamarían juzgados especiales, orientados a la conciliación, resolución y ejecución de pleitos de pequeña complejidad y limitada importancia económica. El proceso de los juzgados especiales se apoya en los criterios de oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad<sup>525</sup>. La experiencia ha demostrado que en un comienzo los resultados fueron alentadores con respecto a la celeridad pero la sobrecarga de trabajo terminó por mermar su eficacia. La finalidad de acercar la justicia a la gente, principal premisa de los juzgados vecinales o de menor cuantía, requiere una estructura adecuada para poder atender a una cantidad de trabajo acorde con su finalidad.

Es posible advertir que en el derecho latinoamericano hay una tendencia normativa que alienta la participación del juez como conductor del proceso en directa relación con las partes. Las reformas en general se han orientado a establecer un proceso por audiencias en las que exista un intento de conciliación que en caso de fracasar permita que el juez delimite el objeto del proceso en cooperación con las partes y fije su desarrollo. Esas ideas han logrado implementarse con éxito en Uruguay y continúan siendo una tarea pendiente en el resto de los países de la región, no obstante las marchas y contramarchas.

El anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo es consistente con la revalorización del derecho al debido proceso garantizado por las reformas constitucionales de las últimas décadas y con la Convención Americana, además de haber tenido un efecto muy positivo en la experiencia llevada adelante en Uruguay. Sin

<sup>521</sup> Barbosa Moreira, J. C. *La significación de las reformas procesales*, en Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2008, v. X, pp. 7-23. Sostiene que *En Brasil es muy difícil saber si las reformas procesales surten realmente, en la práctica del foro, los efectos pretendidos por el legislador. La causa principal de esta dificultad consiste sin duda en la carencia de datos estadísticos. Las estadísticas judiciales son escasas en mi país, y las que existen no siempre son dignas de confianza.*

<sup>522</sup> Dinamarca, C. R., *El futuro del derecho procesal civil*, en XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Colombia, 1996, pp. 289-329.

<sup>523</sup> Ley federal n. 1984.

<sup>524</sup> Sobre el modelo utilizado ver Pellegrini Grinover, A., y Watanabe, K., ob. cit. y Dinamarca, C., ob. cit.

<sup>525</sup> Ver sobre la justicia especial de Brasil: Pinheiro, p. C. *Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 105-174 y Villadiego Burbano, C. *Estudio comparativo. Justicia civil de pequeñas causas en América*, <http://www.cejamericas.org/>, 2007



embargo, los Estados de América Latina han evitado realizar cambios similares al uruguayo. El interrogante que persiste es por qué una experiencia exitosa no ha sido adoptada en un mayor número de países. Desarrollar respuestas a ese interrogante, que excedería el cometido del presente análisis, es una tarea sumamente útil ya que permite resolver el dilema entre aquello propuesto como objetivo constitucional y los esfuerzos que realiza el Estado para lograrlo. El anteproyecto puede y debe ser superado en cuanto a sus detalles y el problema de la implementación resulta clave para el buen éxito de todo intento de reforma, no obstante es un aporte trascendente en la búsqueda por mejorar el servicio de justicia<sup>526</sup>.

## 9.5 LOS PROCESOS COLECTIVOS Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL MODELO DE PROCESO CIVIL

En los últimos años se ha comenzado a consolidar la protección judicial de los derechos colectivos. En particular, se ha abierto camino la idea de la defensa del derecho a un ambiente sano y de los derechos de los consumidores ante la justicia. Los procesos diseñados bajo el modelo concebido en el ochocientos muestran claras deficiencias para encauzar el debate de problemas que afectan a un número relevante de personas.

En Argentina la reforma constitucional de 1994 estableció la protección constitucional de los llamados derechos de incidencias colectiva (art. 43), entre los cuales identificó el derecho al medio ambiente sano y a un trato equitativo en las relaciones de consumo (arts 41 y 42). La Corte Suprema argentina ha intervenido en varios casos resonantes en materia de derechos colectivos, dos de los cuales guardan relación con los temas aquí tratados. El primero de ellos es el caso “*Mendoza*”<sup>527</sup> en el cual se examinó la contaminación de uno de los cursos de agua que desemboca el Río de La Plata, conocido como el Riachuelo. Desde luego son múltiples las connotaciones del caso pero aquí simplemente destaco que la Corte Suprema se constituyó como tribunal de instancia y condujo efectivamente el proceso. Durante los dos años empleados para concluir el proceso, ciertamente complejo, fueron llamadas una serie de audiencias que la Corte Suprema convocó según una agenda que le permitió analizar la prueba, en un proceso seguido con interés por la opinión pública, lo cual indica que las reglas del modelo de proceso civil desarrolladas en Argentina eran inadecuadas

<sup>526</sup> Sobre la conveniencia de intentar una de reforma del modelo y sus desarrollos puede consultarse a Binder, A. M., Estrategias y procesos de reforma en la justicia penal y civil, en Oteiza, E., *Reformas posibles para mejorar el servicio de justicia civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 21 y ss. También puede ver un estudio más amplio en Binder, A. M. y Obando, J. *De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho*, Ad-Hoc, 2004.

<sup>527</sup> Las decisiones de la Corte Suprema Argentina pueden ser consultadas en <http://www.csjn.gov.ar/> Ver las sentencias del 20.6.09 y del 8.7.08.

y, al mismo tiempo, las ventajas de llevar adelante un proceso por audiencias en temas de clara relevancia social.

El segundo caso es “*Halabi*”<sup>528</sup> en el cual decidió sobre la constitucionalidad de una ley que permitía al Estado intervenir en las comunicaciones telefónicas y por Internet. La Corte, además de declarar la inconstitucionalidad de la ley por violar el derecho a la privacidad, describió los recaudos mínimos de un proceso colectivo, siguiendo el desarrollo de las *class actions* norteamericanas y la legislación de Brasil sobre procesos colectivos<sup>529</sup>.

Un tema no resuelto en el derecho argentino es si la actual legislación procesal y la práctica desarrollada por los jueces y abogados reúnen las condiciones necesarias para llevar adelante un proceso colectivo en un tiempo razonable, con costos adecuados y que culmine con una decisión que sobre hechos probados aplique el derecho.

En 1985, Brasil sancionó la ley de Acción Pública<sup>530</sup> que otorgó legitimidad al Ministerio Público y a otros entes oficiales, así como a asociaciones, para que siguieran causas que tuvieran por objeto proteger valores ambientales, históricos y culturales. Fueron los albores de la incorporación de las *class actions* al derecho brasileño. La Constitución de 1988 adoptó el mandato de seguridad colectivo como instrumento de resguardo de las garantías constitucionales. En 1990 se sanciona el Código de Defensa del Consumidor que categoriza los derechos en colectivos, difusos e individuales homogéneos. Con estos últimos se incorpora al derecho brasileño las *class actions for damages* o *mass tort cases*<sup>531</sup>. Resta todavía observar si el sistema propuesto funciona adecuadamente. Uno de los problemas que puede enfrentar es la ausencia de un proceso judicial capaz de llevar adelante el debate sobre conflictos complejos cuyo desarrollo debe poder ser apreciado por la comunidad afectada por el problema colectivo.

La Constitución colombiana de 1991 consagró las acciones populares o de grupo<sup>532</sup> (art. 88) y la ley 472 (1999), reglamentó parcialmente y fijó las características del proceso para las referidas acciones. Se establecieron como principios el deber de impulso procesal por parte del juez y el trámite preferencial de este tipo de proceso con respecto a otros que tramiten ante el mismo tribunal.

<sup>528</sup> La sentencia puede ser consultada por Halabi Ernesto en <http://www.csjn.gov.ar/>

<sup>529</sup> No obstante la disposición expresa del art. 43 de la Constitución Argentina el legislador nacional ha omitido regular el proceso colectivo. Las leyes sobre protección general del ambiente y sobre defensa del consumidor remiten al Código Procesal Civil cuyas características he comentado.

<sup>530</sup> Ley 7347

<sup>531</sup> Ver GIDI, A., *Class Actions in Brazil. A model for civil law Countries*, 51 Am. J. Comp. L. 311, 2003.

<sup>532</sup> Sobre las acciones de grupo en Colombia ver Bejarano Guzmán, R., *Procesos declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*, Temis, Bogotá, 2008, pp.180 y ss.

Si bien la ley contiene disposiciones específicas como el uso de estadísticas en materia de prueba y la potestad judicial de requerir prueba, en los aspectos no regulados por la ley 472 rige el Código Procesal Civil de 1970 inspirado en el modelo aquí criticado.

El surgimiento de los procesos colectivos en América Latina es un dato relevante. La justicia adquiere una importante voz en la discusión sobre temas de política pública. El desafío es no frustrar las expectativas de un debate razonable con soluciones efectivas que contribuyan a superar conflictos de alto impacto social. La visibilidad que adquiere la justicia civil al participar en procesos colectivos es un factor importante que puede determinar que los Estados latinoamericanos le presten más atención a su infraestructura y las sociedades civiles muestren un mayor compromiso con el afianzamiento de las reglas jurídicas a través de la discusión sobre el alcance de los derechos en sede judicial. El interés despertado explica que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal dictara un Código Modelo en materia de Procesos Colectivos<sup>533</sup>.

## 9.6 EL RELATIVO IMPACTO DE LOS INTENTOS POR REFORMAR LA JUSTICIA CIVIL DESDE LA CONSTELACIÓN POSNACIONAL

Los procesos de reforma llevados adelante luego que los países de la región restablecieran el Estado de derecho no tomó como idea central el cambio de modelo de proceso civil. A pesar de prestarse atención a las dificultades que atravesaban los poderes judiciales, los ejes del proceso de reforma no estuvieron particularmente enfocados a propiciar una modificación sustancial en la legislación procesal y su implementación.

La situación de América Latina y sus problemas en cuanto al sostenimiento de los gobiernos democráticos y con respecto a sus dificultades para insertar sus economías en razonables relaciones de intercambio de bienes fue objeto de atención internacional durante las últimas décadas. Las formas de cooperación internacional con la región han ido cambiando a medida que la experiencia fue mostrando que la realidad era muy compleja y que los trasplantes no funcionaban al operar en contextos claramente disímiles.

Se alentó el desarrollo de procesos de reforma que intentaban dar reglas más claras a las transacciones comerciales sin prestar la debida atención a problemas de cultura política que debieron ser más profundamente debatidos. Como luego se reconoció, las reformas esenciales requerían involucrar a amplios sectores sociales y un mayor compromiso de los Gobiernos.

---

<sup>533</sup> Ver Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. coordinadores, *Código de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano*, México, Porrúa, 2008.

En la década del sesenta se gestó el movimiento *Law and Development*<sup>534</sup>, auspiciado por las escuelas de derecho, líderes como Harvard, Wisconsin, Stanford y Yale, que consideraban que en buena medida los problemas de los países de la región podían ser superados con la adopción del *US-style legal system* y con modificaciones en la forma de enseñar el derecho a través de la incorporación del método de casos. A mediados de los setenta, este enfoque fue abandonado. Sus críticos sostenían que no lograba superar las tensiones que generaba en las sociedades sobre las cuales pretendía incidir. Una de las propuestas de ese movimiento consistente en revitalizar la interrelación entre las escuelas de derecho desafortunadamente también fue abandonada. La pérdida de credibilidad del movimiento *Law and Development* fue una de las causas por las cuales el intercambio entre las escuelas de leyes de los Estados Unidos con las de América Latina decreció en su importancia.

La incidencia de la enseñanza del derecho y de las escuelas de leyes no debería minimizarse en la región. América Latina recibe y desarrolla un particular modo de concebir el derecho y practicarlo, influido por ambas tradiciones. Las escuelas de derecho constituyen uno de los espacios en que se deberían analizar y proyectar las reformas jurídicas necesarias. También las escuelas de leyes forman a los abogados que luego tendrán un papel casi monopólico como operadores del sistema jurídico. Una lectura atenta a la incidencia de ambos factores debería concluir que uno de los ejes de los proyectos de reforma consiste en atender a un mejoramiento de la enseñanza del derecho. La interacción de las escuelas de derecho de América Latina con sus pares de otras tradiciones y con los distintos actores de los escenarios nacionales e internacionales es un factor que correspondería volver a analizar con mayor atención.

En los años noventa comenzó a desarrollarse el movimiento conocido como *Rule of law* cuyo objetivo consiste en mejorar el acceso a la justicia e incrementar su calidad, eficiencia y transparencia. En un primer momento se prestó particular atención a los sectores gubernamentales, y algunos fracasos demostraron que se debía atender a las distintas manifestaciones de la sociedad civil. El Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han sido partícipes importantes en la financiación de los proyectos. La cantidad de recursos económicos invertidos contrasta con los escasos resultados obtenidos, lo cual ha llamado la atención sobre las estrategias implementadas, tal vez prestando mayor atención a pautas de eficiencia económica que a problemas culturales, institucionales y políticos<sup>535</sup>.

<sup>534</sup> Ver el desarrollo de los sistemas de cooperación en Salas, L., *From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America*, en Domingo, p. y Sieder, R., *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, London, Institute of Latin American Studies, 2001, pp. 17-46.

<sup>535</sup> De la voluminosa bibliografía sobre reforma a la justicia menciono a Hammergren, L., *Envisioning reform. Improving Judicial Performance in Latin America*, Pennsylvania, 2007, Vargas, J. E., *Jus-*

Al existir consenso sobre la necesidad de producir una mejora en la institución judicial que reforzara la efectividad de la ley, América Latina recibió apoyo económico para instrumentar las reformas. Entre 1985 y 1995 la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (USAID) otorgó unos 200 millones de dólares para la modernización de la justicia en Costa Rica, Honduras, Guatemala, el Salvador y Panamá, Argentina, Chile, Uruguay, Bolivia, Colombia y Paraguay<sup>536</sup>. El Banco Mundial (BM) durante la década de los noventa participó en el proceso de reforma legal y judicial. Su intervención partía de la concepción según la cual para alcanzar un desarrollo sustentable el proceso debía tener un alcance general que comprendiera reformas legales y judiciales, consideradas críticas<sup>537</sup>. La ayuda a la región alcanzó los 121 millones de dólares<sup>538</sup>. La evaluación sobre el proyecto del BM sobre reforma legal y judicial permitió arribar a las siguientes conclusiones: i) se trata de un proceso que demanda un tiempo considerable, ii) la iniciativa debe provenir de cada Estado y responder a necesidades específicas, iii) requiere un alto nivel de compromiso por parte de los Gobiernos, iv) debe ser conducida con un enfoque participativo que incluya a todos los sectores, particularmente lo más débiles y aquellos contra los cuales exista una tendencia a excluirlos, v) el trasplante de sistemas legales no resulta conveniente, vi) las reformas judiciales son difíciles de evaluar en el corto plazo<sup>539</sup>. Entre las conclusiones del BM, encontramos que la reforma legal no se agota con la revisión de la legislación existente y la introducción de nuevas regulaciones: debe, también, tomar medidas para implementar acciones que mejoren los procesos con el fin asegurar el adecuado funcionamiento de las instituciones y el acceso a la justicia<sup>540</sup>.

A partir de 1995 el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) financió dieciocho proyectos por un total aproximado de 20 millones de dólares<sup>541</sup>. La estrategia consistió en alen-

---

*ticia Civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*, CEJA, 2003, Domingo, p. , y Sieder, R., ob. cit. Jarquin, E. y Carrillo, F, editores, ob. cit., Buscaglia, E., Dakaloias, M., y Ratliff, W., *Judicial Reform in Latin America. A Framework for National Development*, Stanford, 1995, Dakaloias, M., *Court Performance around the World*, Washington, 1999 y Banco Interamericano de Desarrollo, *La economía política de la reforma judicial: seminario patrocinado por el Banco Interamericano de desarrollo*, Montevideo, 1995.

<sup>536</sup> Correa Sutil, Jorge, *Reformas judiciales en América latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?*, en *La (in)efectividad de la ley...* ob. cit. not. 12, p. 260 y ss.

<sup>537</sup> BM Vicepresidencia Legal, *Inititives in Legal and Judicial Reform*, Edición 2004, en [http://www.grc-exchange.org/info\\_data/](http://www.grc-exchange.org/info_data/)

<sup>538</sup> BM Vicepresidencia Legal, *Inititives in Legal and Judicial Reform*, Edición 2004, en [http://www.grc-exchange.org/info\\_data/](http://www.grc-exchange.org/info_data/), pp. 58-67.E

<sup>539</sup> BM Vicepresidencia Legal, *Initiatives...* ob. cit. not. 32 pp. 13-14.

<sup>540</sup> BM Vicepresidencia Legal, *Initiatives...* ob. cit. not. 32 p. 16.

<sup>541</sup> FOMIN, *Conferencia Métodos alternos de solución de controversias comerciales: el camino a recorrer para América Latina y el Caribe*, ver palabras del Presidente del BID, Iglesias, Enrique, en

tar la adopción de centros de mediación y arbitraje para ofrecer a los sectores privados la posibilidad de superar sus disputas. Así, el modelo desarrollado en Colombia por intermedio de la Cámara de Comercio de Bogotá, que auspició la creación de Centros de Arbitraje y Mediación, intentó emplearse en el resto de los países. Las mayores fortalezas del programa consisten en la difusión de los MARC<sup>542</sup> en una región que contaba con mínimos desarrollos en la materia. Por su intermedio se entrenó un gran número de personas y se informó sobre las ventajas de los MARC. Medir la incidencia futura de dichas fortalezas es uno de los desafíos. Su debilidad más evidente es el intento de realizar un trasplante uniforme de un idéntico modelo en realidades diversas<sup>543</sup>.

Al mismo tiempo cabe señalar que los programas dirigidos a desjudicializar lograron ventajas relativas. El enfoque parte de privilegiar el descongestionamiento lo cual puede ser un razonable comienzo si al mismo tiempo se progresa en el desarrollo de una mayor eficiencia y eficacia del poder judicial. Dirigir los esfuerzos centralmente a las MARC opaca el papel relevante de los jueces en el respeto a las reglas y el desarrollo del derecho y la institucionalidad<sup>544</sup>.

## 9.7 CIRCUNSTANCIAS QUE ALIENTAN A PENSAR EN UN CAMBIO DE MODELO DE PROCESO CIVIL

La reticencia al cambio de modelo puede ser explicada por la fortaleza de la concepción que intenta mantener una sociedad jerárquica, no igualitaria, en la cual los mecanismos de control sobre el ejercicio del poder son boicoteados.

Debatir un nuevo modelo supone enfrentar dicha posición. No resulta casual que una de las sociedades más igualitarias de América Latina, como Uruguay, haya sido exitosa en el cambio de ideales en materia judicial.

La modificación de los textos constitucionales de un gran número de países y la adopción y desarrollo de la Convención Americana obligan a los Estados a responder y a hacer esfuerzos para cumplir con los estándares del derecho al debido proceso, lo cual supone plantear la funcionalidad o disfuncionalidad del modelo de proceso civil que en forma general se utiliza en la Región.

Se mantiene una evidente preocupación por el desarrollo de América Latina y no obstante los desaciertos de la ayuda brindada hasta ahora es posible pensar que el debate puede ser revitalizado, si tomamos aspectos positivos como la eficacia de la reforma uruguaya y la línea de tendencia a debatir temas colectivos ante la justicia.

<http://iadb.org/mif/v2/speeches/iglesias.html>

<sup>542</sup> Mecanismos alternativos de resolución de conflictos,

<sup>543</sup> Sobre la importancia de los MARC en el proceso de reformas ver Vargas, J. E. *Nueva justicia civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma*, CEJA, 2007, en especial pp. 47 y ss.

<sup>544</sup> Una mirada crítica sobre las MARC puede consultarse en Taruffo, M., *pinas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, en especial pp. 113 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTI, G. “Movimientismo” and Democracy: An Analytical Framework and the Peruvian Case Study, en *O desafío da Democracia na America Latina*, Denis, Elis, compilador, IUPERJ, 1997.
- ANSALDI, W. *La democracia en América Latina, un barco a la deriva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BANCO INTERAMERICANO de Desarrollo. *La economía política de la reforma judicial*. Seminario patrocinado por el Banco Interamericano de desarrollo, Montevideo, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación de las reformas procesales. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2008, v. X, pp. 7-23.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*, capítulo referido: A importação de modelos jurídicos, Sao Paulo, 2004, pp. 255 y ss.
- BERMUDES, S. Administration of Civil Justice in Brazil, en Zuckerman, A. S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford, 1999, pp. 347-362.
- BINDER, A. M. y OBANDO, J. De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- BINDER, A. M. Estrategias y procesos de reforma en la justicia penal y civil. En OTEIZA, E. *Reformas posibles para mejorar el servicio de justicia civil*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 21 y ss.
- BUSCAGLIA, E., DAKALOIAS, M., y RATLIFF, W., *Judicial Reform in Latin America*. Stanford: A Framework for National Development, 1995.
- CLARK, D. Judicial protection of the Constitution in Latin America (1975). En MERRYMAN, J. H., CLARK, D., HALEY, J.H., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, Charlottesville, Va., Michie Co., 1994, pp. 351-399.
- DAHL, R., *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989.
- DAKALOIAS, M. Y SPROVIERI, L., *Argentina. Evaluación del sector jurídico y judicial*. Banco Mundial, 2002, [www.worldbank.org/legal/publications/argentina-spanish-final.pdf](http://www.worldbank.org/legal/publications/argentina-spanish-final.pdf)
- DAKALOIAS, M. *Court Performance around the World*, The World Bank, Washington, 1999.
- DAMASKA, M. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. Yale University Press, New Haven, 1986.
- DINAMARCO, C. R. El futuro del derecho procesal civil. En *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Colombia, 1996, pp. 289-329.
- BEJARANO GUZMÁN, R., *Procesos declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*. Bogotá: Temis, 2008.
- EYZAGUIRRE, H. *Marco Institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina*. En JARQUIN, E. y CARRILLO F. (editores). *La economía política de la reforma judicial*. BID: New York, 1997.
- FRIEDMAN, L. M. Y PÉREZ-PERDOMO, R. *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, Stanford, 2003.

- GARRO, A. Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989-I.
- GIDI, A. Y FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinadores). *Código de procesos colectivos. Un diálogo Iberoamericano*. México: Porrúa, 2008.
- GIDI, A. Class Actions in Brazil. A model for civil law Countries, 51 *Am. J. Comp. L.* 311, 2003.
- GREIF, J., *Derecho procesal, La Ley: Uruguay*, 2009.
- HABERMAS, J. *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, 1998. Consultada la edición española, *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
- HAMMERGREN, L., *Envisioning reform. Improving Judicial Performance in Latin America*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2007, 2007.
- IOCHOHAMA, C. H., ASSAGRA DE ALMEICA, G., GOMES JUNIOR, L. M., FAVERTO, R., Reunión de los 21 países iberoamericanos para discutir sus experiencias en los procesos de reforma del proceso civil: Antigua, Guatemala, del 13 al 16.10.2009, *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 178, diciembre 2009.
- KARST, K. L. Y ROSENN, K. S., *Law and Development in Latin America*, University of California Press, Berkeley, 1975, pp. 10-64.
- KLEINHEISTERKAMP, J., *Development of Comparative Law in Latin America*, en Reimann, M., y Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 261- 301.
- KÖNZ, p. , *Rule of law for sustainable development: reflections on the Latin American institutional gap*, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya <http://www.iigov.org/revista/>
- MÉNDEZ, J. E., O'DONNELL, G. PINHEIRO, p. S. *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- MERRYMAN, J. H., *The civil law tradition. An introduction to the legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969.
- MONROY GÁLVEZ, J., *Teoría general del proceso*, Palestra, Lima, 2007-
- O'DONNELL, G., *¿Democracia delegativa? En Contrapuntos, Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Revisando la democracia delegativa*, enero 2010, Club Político, [http://clubpoliticoargentino.blogspot.com/2010\\_01\\_01archive.htm](http://clubpoliticoargentino.blogspot.com/2010_01_01archive.htm)
- OTEIZA, E., *Argentina. El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*. En CARPI, F, Y ORTELLS, M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 2009, pp. 413-439.
- Pellegrini Grinover, A. y Watanave, K. *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in a Global Society – Legislative and Legal Assistance to Other Countries in Procedural Law. Brazilian Report*, en Deguchi, M. y Storme, M. editors, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Maklu, 2008, pp-223-234.



- PEREIRA CAMPOS, S., El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil, Editorial Amalio M. Fernandez, Montevideo, 2008.
- PÉREZ-LIÑÁN, A. Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- PINHEIRO, p. C. Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 105-174.
- PRATS I CATALÁ, J., Liderazgos, democracia y desarrollo: La larga marcha a través de las instituciones, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, en <http://www.iigov.org/revista/>,
- PRILLAMAN, W. The Judiciary Decay and Democratic Decay in Latin America, Praeger Publishers, Westport, 2000.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E. A., Manual de derecho procesal civil. Grijley, Lima 2005, en especial pp. 213-218.
- SALAS, L. From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America, en Domingo, p. y Sieder, R., Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform, London, Institute of Latin American Studies, 2001, pp. 17-46.
- SCHIPANI, S. Y VACCARELLA, R. editores, Un “Codice tipo” di procedura civile per l’America Latina, CEDAM-PADOVA, Roma 1990.
- SCHOR, M. Constitutionalism Thru the Looking Glass of Latin America, Texas International Law Journal, 2006, vol. 41, pp. 2-37,
- SIMÓN, L. M. El Código General del Proceso del Uruguay. Organización de Estados Americanos (2002), [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ur\\_ref\\_jud.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ur_ref_jud.pdf)
- TARUFFO, M. Sui confini. Scritti sulla giustizia civile, Bologna: Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, M. pinas sobre justicia civil. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure, V. XVI, 1973, pp. 38-42.
- VARGAS, J. E. Justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma. CEJA,, [www.cejamericas.org/](http://www.cejamericas.org/), 2003
- \_\_\_\_\_. Nueva justicia civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma, CEJA, [www.cejamericas.org/](http://www.cejamericas.org/). 2007,
- VESCOVI, E. Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano. Unam, México: 1978.
- VILLADIEGO BURBANO, C. Estudio comparativo. Justicia civil de pequeñas causas en América, <http://www.cejamericas.org/>, 2007.

## CAPÍTULO 10

# Conciliación, descongestión y oralidad laboral: entre la tutela judicial efectiva y la crisis de la justicia\*

*Camilo Piedrahíta Vargas\*\**

### INTRODUCCIÓN

La crisis en la satisfacción efectiva de la demanda de justicia, en particular en asuntos del trabajo y de la seguridad social, es sin duda un principio orientador de la política pública en materia de Administración de Justicia; analizar qué tan efectivas son algunas de las medidas tomadas para tal fin a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva es el objetivo de este trabajo.

La función estatal de administrar justicia no ha gozado de la más elevada reputación en Colombia. Asuntos como la capacidad de atender con calidad la creciente demanda de justicia (solución de conflictos), esto es, con conocimiento, celeridad y transparencia han sido constantemente cuestionados.

En materia de justicia del trabajo y de la seguridad social, el panorama no es disímil: a escala nacional los asuntos ventilados ante la justicia ordinaria laboral pasaron de 11.000 en 1998 a 33.000 en 2007; en materia de acciones de tutela, institución jurídica altamente cuestionada por sus impactos en la congestión judicial, es menester recordar que más del 70% de las acciones de este tipo se encuentran asociadas a asuntos de trabajo y/o seguridad social, y son tramitadas bajo preceptos procesales de prioridad. Solo en Medellín, los juzgados laborales

---

\* El presente capítulo pretende elaborar algunas notas conceptuales sobre el modelo de proceso civil vigente en América Latina desde la perspectiva de una tradición jurídica en la que convergen las categorías del common law y del civil law pero que posee rasgos propios derivados de una cultura jurídica singular, íntimamente ligada a la Europa continental y al mundo anglosajón, que proviene de un pasado común a los países que la integran, que poseen manifestaciones, creencias, ideales y paradigmas propios.

\*\* Magíster en Derecho Económico. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad EAFIT. Coordinador área Derecho del Trabajo y Seguridad Social del programa de Derecho de la misma Universidad. cpiedra8@eafit.edu.co

de circuito reciben en promedio 5.000 tutelas al año<sup>545</sup>. Adicionalmente, el panorama del mercado de trabajo y del sistema de seguridad social (fuentes de fondo de la conflictividad laboral) parece hoy exacerbar la preocupación antes mencionada: tasas de desempleo del 13-14% de la tasa general de participación, y de más del 30% de informalidad laboral; 431 entidades estatales “intervenidas” administrativamente para resolver “excesos sindicales”; la desregulación de las relaciones de trabajo (Colombia tiene hoy 2.600 Cooperativas de Trabajo Asociado frente a 1.200 en el año 2002), la inviabilidad financiera de los sistemas de aseguramiento en salud y pensiones (Régimen de Prima Media), la crisis financiera internacional y con Venezuela, etc.

Si algo caracteriza los asuntos sometidos a competencia de los jueces laborales es su alto impacto y sensibilidad social (costos sociales). Atados a las peticiones radicadas en aquéllos, aparecen asuntos no solo de índole prestacional sino que claramente implican valores y derechos tan importantes como la vida, la subsistencia, la salud y la dignidad, propios de las relaciones de trabajo.

Es por ello que al analizar las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y procesales relativas al derecho del trabajo y la efectividad de las mismas, resulta imprescindible una visión que supere los aspectos meramente incidentales, y que otorgue elementos de juicio sobre las consecuencias reales de la materialización efectiva de los derechos.

Constitucionalmente, el Estado colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran, y son fines esenciales de aquél la promoción de la prosperidad general, y la garantía y efectividad de los principios y derechos consagrados constitucionalmente.

De otro lado, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece la finalidad de la misma en cuanto a la efectividad de los derechos, libertades, garantías y obligaciones.

En este contexto es, pues, el derecho procesal una herramienta legítima a través de la cual el Estado avanza (o puede avanzar) en el cumplimiento de tales metas, de la realización de los derechos subjetivos reconocidos. En particular el debido proceso constitucional y la doctrina de la tutela judicial efectiva (TJE) imponen al actuar estatal, y en concreto al momento de diseñar, implementar y ejecutar medidas de índole procesal, límites y principios orientadores en tal sentido.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica, al menos, el acceso a la misma, el debido proceso jurisdiccional y la posibilidad efectiva de ejecutar

---

<sup>545</sup> Datos a 2009. Oficina Judicial, Dirección Seccional Administración Judicial de Medellín. El dato se refiere a tutelas relativas todos los asuntos no solo a aquéllos asociados a derecho del trabajo y/o de la seguridad social.

la sentencia (de realizar materialmente los derechos), lo cual necesariamente incorpora la existencia de un fallo o pronunciamiento de fondo sobre el cual podrá o no proceder, con base en el principio de doble instancia, algún recurso.

Buscando garantizar cabalmente este derecho a todas las personas, se han formulado y ejecutado diversas políticas públicas como las de promoción de herramientas alternativas de solución de conflictos como la conciliación extrajudicial y/o medidas para la descongestión judicial y el mejoramiento de la calidad de la Administración de Justicia (inmediación, concentración, consonancia) como las relativas a la oralidad.

El propósito de este trabajo es identificar cuáles son los principales elementos de la TJE, y cómo a través de políticas alternativas (privadas) de solución de conflictos (conciliación), de descongestión y de implementación del principio de oralidad aquélla ha pretendido garantizarse.

## 10.1 LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La tutela jurisdiccional efectiva comprende la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin barreras desproporcionadas a un juez (individual o colegiado), tercero imparcial, frente al cual se actúe con plena defensa de los derechos para obtener la protección estatal de los derechos subjetivos en un término razonable<sup>546</sup>.

Para Jesús González Pérez<sup>547</sup>, el derecho a la TJE, es el derecho de toda persona “a que se le haga justicia”, por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas, y la justicia es uno de los fines del ordenamiento jurídico. De lo anterior se desprende que la misma tenga, al menos, tres momentos: el acceso libre, la defensa y celeridad durante el mismo y la efectividad del fallo<sup>548</sup>.

Al analizar el problema del acceso deben considerarse algunos elementos que se constituyen en verdaderas “trabas” como la exigencia de actuaciones previas (conciliación-reclamación administrativa), legitimación, postulación, y otros “no menos importantes, son las barreras económicas y sociales respecto del acceso a la jurisdicción”, como el costo de los procesos o peor aún la inhibición ante la injusticia, entendida como el total desincentivo de acudir a la misma de acuerdo con las bajas expectativas reales de acceder a justicia material y pronta<sup>549</sup>.

Recuérdese que la conciliación extrajudicial fue exigida como requisito de procedibilidad con el fin de garantizar el acceso a la justicia formal pero alternativa, a través de normas como la ley 640 de 2001. Sin embargo fue precisamente

<sup>546</sup> Sentencia C-318 de 1998.

<sup>547</sup> El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas. 2ª Ed. 1989. p. 27.

<sup>548</sup> González Pérez. Ob.cit. pp. 43 – 44.

<sup>549</sup> González Pérez. Ob.cit. pp. 114 – 117.

el posible impedimento de dicho acceso la principal causa de su declaratoria de inexecutable. De otro lado, la exigencia de trámites administrativos previos, como la reclamación administrativa (artículo 6 CPT y de la SS), a primera vista limitantes de acceso a la justicia justificables desde aquel postulado de permitirle a la Administración Pública pronunciarse *ex-ante* al proceso jurisdiccional respecto de la solicitud del ciudadano e incluso “corregir” su actuación, y equilibrados por medio de plazos cortos de aplicación del principio de silencio administrativo<sup>550</sup>, han perdido todo sentido y rumbo; téngase al menos como ejemplo de ello la resolución por medio de la cual el asegurador pensional público niega (hoy) la solicitud de una pensión de invalidez de origen común a favor de un ciudadano que a pesar de haber demostrado completamente el total de requisitos actuales (porcentaje de pérdida de la capacidad, origen, afiliación, número de semanas cotizadas), pruebas que, entre otras cosas, mayoritariamente reposan en manos del pretendido pagador, por no haber aquél cumplido con el porcentaje de “fidelidad con el sistema” (20% del tiempo entre el momento en que cumplió 20 años de edad y el momento de la estructuración de la invalidez), exigencia legal declarada inexecutable por la Corte Constitucional en el año 2009 a través de sentencia C - 428, con efectos *erga omnes* al menos tras el pronunciamiento del mencionado tribunal constitucional.

La conducta descrita no sólo deja sin justificación la exigencia (obligatoria) de actuaciones administrativas previas al proceso, sino que de otro lado compromete otro elemento propio de la TJE: la eficacia, la ejecutividad o el cumplimiento de los fallos. Técnicamente este elemento se refiere a la existencia de mecanismos para el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales y por ende, es un mecanismo de garantía de efectividad de los derechos subjetivos. No obstante, actuaciones como la anteriormente descrita llaman la atención no solo sobre la justificación de requisitos previos a la justicia formal sino que, además, nos recuerdan que no solo debe preocuparse el derecho (procesal) porque los particulares cumplan los fallos, sino que “la Administración Pública está sometida a la ley y a la CP<sup>551</sup> y por ello obligada a cumplir las resoluciones judiciales”<sup>552</sup>. Sin elementos procesales suficientes para combatir el desdén con el que la Administración Pública responde a sus ciudadanos en asuntos que comprometen el posterior desempeño de la justicia ordinaria laboral, solo queda como último recurso acudir al delito de prevaricato consagrado en el artículo 413 del Código Penal. Solo en 2005 la Sala de Casación Laboral de la CSJ recibió 2.800 demandas de casación. Debe anotarse que aproximadamente en el 70% de las mismas es parte el Estado (en los diferentes niveles territoriales).

---

<sup>550</sup> González Pérez. Ob.cit. p. 110.

<sup>551</sup> Véase el artículo 6° de la C.p. Principio de responsabilidad.

<sup>552</sup> González Pérez. Ob.cit. p. 232.

De otro lado, el proceso laboral se enfrenta al reto de ejecutividad de sus fallos como mecanismo de justicia efectiva. La excepcionalidad jurídica de medidas cautelares en procesos ordinarios, exacerbada por la congestión (mora judicial) impide en muchos casos el cumplimiento efectivo de los fallos, ya que tras el tiempo requerido para la decisión de fondo (más aún tratándose de procesos que por su cuantía implican la posibilidad de una segunda instancia), el demandado se encuentra en situaciones de imposibilidad de pago de las obligaciones condenadas (insolvencia-liquidación).

Tradicionalmente se acepta la inexistencia o excepcionalidad de las medidas cautelares-patrimoniales en los procesos ordinarios, dada la incertidumbre sobre los derechos subjetivos sustanciales que asisten al demandante. El proceso laboral no ha sido ajeno a esta premisa. De otro lado, son las mismas razones que justifican la existencia de una subordinación y dependencia del trabajador frente al empleador y las facultades derivadas de la misma como la emisión y acatamiento de órdenes, la posibilidad de crear e imponer normas (fuentes formales de derecho del trabajo) e incluso ser “juez y parte”, esto es, sancionar disciplinariamente de manera unilateral al trabajador, las que avalan la excepcionalidad de las medidas mencionadas en cuanto vulnerarían de manera grave (con o sin contradicción) la maniobrabilidad y libertad mínima que requiere el empresario para cumplir su labor de manera adecuada.

A pesar de lo anterior, las normas procesales laborales en materia de procesos ordinarios, teniendo en cuenta los intereses en juego en este tipo de procesos (los costos sociales de la justicia del trabajo que no garantiza efectivamente los derechos a través de la imposibilidad de su cumplimiento real), establecen la posibilidad excepcional de solicitar medidas cautelares (caución, prendaria, bancaria o de compañía aseguradora por un valor entre el 30 -50% del monto total de las pretensiones al momento de la solicitud de la medida cautelar), clasificadas así por la ley (artículo 85A CPT y de la SS), para garantizar el cumplimiento efectivo de las prestaciones económicas condenadas.

Para acceder a las mencionadas medidas en procesos ordinarios, se requiere acompañar la solicitud con prueba de que el demandado ha realizado actos tendentes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando se encuentre en graves y serias dificultades para cumplir sus obligaciones.

Como puede observarse, la simple consagración legal no basta para acceder a la mencionada garantía de efectividad o cumplimiento; además de los fuertes cuestionamientos sobre su insignificante valor (recuérdese que el porcentaje se calcula con base en el valor actual de las pretensiones, generalmente de tracto sucesivo o causación progresiva), la poca o nula aplicabilidad de esta medida radica en las imposibilidad de acceso a las pruebas necesarias para

fundarla, y es que no podemos confundir el giro ordinario de los negocios del supuesto demandado con el deseo de insolventarse y así hacer impagable la sentencia.

No es dable al demandante (en el caso del trabajador) acceder fácilmente a todos los negocios del demandado (empleador), de un lado, por la imposibilidad fáctica de conocer todas sus actividades, de otro, por la ausencia de exigencias de sistemas de registro para todas las operaciones comerciales. En este punto, cabe anotar que a pesar de lo innegable de los positivos impactos de la revelación de información para el buen funcionamiento de los mercados, medidas de “*full disclosure*” o de acceso ilimitado a las operaciones del demandado serían completamente perversas desde el derecho a la reserva de la información.

De otro lado, la presentación de evidencias sobre actuaciones (transacciones u operaciones) comerciales del demandado no necesariamente implican evidencia sobre su intencionalidad; de ahí que no sea dable al juez de manera automática asignarles dicha intención sino que deberá aquél, al menos, tener por cierto que de los mismos puede presumirse una intención clara en tal sentido.

Lo anterior se traduce en un bajo número de solicitudes presentadas de medidas cautelares en procesos ordinarios, contrastado con el alto número de rechazo de las mismas por parte de los jueces. La necesidad de garantizar efectividad y la eficacia de los fallos deben promover una revisión de los sistemas de incentivos y contra-incentivos al uso de las medidas cautelares, que permita un mejor acceso material a la justicia, sin violentar la iniciativa privada o la información comercial.

Desafortunadamente, la distorsión de incentivos creada por la reducción de barreras al acceso de medidas cautelares solo puede ser corregida por medio de contra-cautelares, y en especial, las de carácter o responsabilidad económica del demandante, (aquéllas que solo sancionan procesalmente al demandante -por temeridad por ejemplo- no resultarían suficientes para detener el incentivo perverso) las cuales serían improcedentes frente a las demandas de acceso a la justicia en términos de costos del proceso e, incluso, desde la capacidad de pago de los trabajadores.

Volviendo a los elementos de la TJE, no basta el acceso y el cumplimiento efectivo de los fallos para garantizar la misma; durante el proceso deberá existir un juez imparcial y predeterminado, una defensa técnica, publicidad, instrucción, un acto fin del proceso (sentencia motivada y congruente) y la posibilidad (al menos generalizada) de impugnarlo, todo ello en condiciones de celeridad.

La realización del derecho a la tutela judicial efectiva implica un componente prestacional o de acción, es decir, la operación del mismo por parte del aparato estatal, primordialmente a través de actuaciones legales y/o administrativas.

Lo anterior se ha traducido en medidas legales y administrativas como las adoptadas en los últimos años en materia de procedimiento del trabajo y Administración de Justicia, como la modificación a la reglamentación sobre conciliación, la ley de aseguramiento de la oralidad laboral (1149 de 2.007) y la intervención legal y administrativa en la estructura de la rama judicial (creación de despachos y cargos) con el fin de intervenir la crisis en la atención efectiva de la demanda de justicia.

## 10.2 LA CONCILIACIÓN EN MATERIA LABORAL

La última gran reforma en materia de mecanismos formales pero alternativos de justicia (en particular de conciliación) se formuló a través de la ley 640 de 2001. De acuerdo con su exposición de motivos, la norma tenía una clara relación, al igual que la ley 23 de 1991, con el objetivo de enfrentar la congestión judicial y la creciente inhibición ante la justicia (a pesar de los altos niveles de conflictividad, los estudios mostraban que aproximadamente el 38% de las personas preferían no acudir a la justicia -debido a sus costos en términos económicos y de temporalidad, según la Encuesta Nacional Justicia-Derecho, del Consejo Superior de la Judicatura) a través de la promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que a pesar de su capacidad instalada para tal efecto (cobertura nominal del 78% del territorio) solo atendía algo más del 16% de los conflictos presentados ante las autoridades.

Bajo este panorama, la reforma pretendió primordialmente fijar el procedimiento conciliatorio pre-judicial como requisito obligatorio para el acceso a la Administración de Justicia. En general, compartimos la preocupación acerca de qué tan justificable o válido constitucionalmente puede ser el establecimiento de unos requisitos formales para que el juez pueda pronunciarse de fondo respecto a un conflicto, e incluso, considerar contrarios al elemento del “libre acceso” de la TJE, la imposición de requisitos de acceso a la justicia como la conciliación previa, más aún en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social donde se vinculan elementos como la onerosidad del servicio de conciliación en circunstancias de incapacidad de pago de los mismos por parte de los trabajadores demandantes.

En principio debe mencionarse que la crisis de la justicia no se puede constituir en el fundamento de un proceso migratorio hacia los métodos alternativos de solución de controversias; ante la inoperancia del modelo de justicia formal, de poco sirve abandonar el mismo para promover otro (de mercado). Como lo plantea Parra Quijano: “es bien cierto que el Estado debe abandonar ciertas tareas que no le son propias y dejar al juego del mercado las mismas. Sin embargo, y por sobre todo en épocas de crisis el órgano jurisdiccional debe ser más abarcador en la aplicación del derecho por ser más garantizador”<sup>553</sup>.

<sup>553</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Efectos de la política de desjudicialización de conflictos, En: Revista Te-



En particular, respecto a la justicia del trabajo y de la seguridad social, las modificaciones propuestas por la norma anteriormente citada transitaban básicamente por el establecimiento de la conciliación extrajudicial ante centros de conciliación autorizados, notarios, delegados del Ministerio Público y/o autoridades administrativas del trabajo, como requisito de procedibilidad para el acceso a la justicia laboral ordinaria (respecto de procesos ordinarios)<sup>554</sup>.

Adicionalmente, pretendía la mencionada reglamentación (artículo 29), asignar como consecuencia jurídica procesal la presunción de certidumbre de los hechos susceptibles de confesión de la demanda o de la contestación, en los casos de inasistencia injustificada en los 3 días siguientes a la audiencia de conciliación extrajudicial, ya que expresamente el artículo 22 de la norma bajo estudio excluía la consecuencia del “indicio grave” en contra de la parte que injustificadamente no asistiese a la misma cuando se tratase de asuntos laborales; esto como mecanismo de control o incentivo al arreglo alternativo.

Por último, se estableció el mecanismo conciliatorio como primera fórmula de solución obligatoria en conflictos colectivos de 300 o más trabajadores.

Dichas medidas fueron objeto de demandas de inconstitucionalidad, las cuales, prosperaron de acuerdo con los siguientes razonamientos<sup>555</sup>:

- A pesar de reconocerse la posibilidad de que legalmente se establezcan costos asociados al proceso, compatibles con el derecho al libre acceso a la justicia y a la regla de gratuidad de la misma, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia laboral, habida cuenta de la onerosidad del mecanismo de solución mencionada, resulta gravemente lesivo de aquéllos, en especial cuando se considera la capacidad económica de los trabajadores y la protección especial debida al trabajo y sus prestaciones derivadas como derecho y valor social fundamental. Adicionalmente, el carácter de los mecanismos alternativos es, por regla general, voluntario (facultativo) y excepcional, más aún tratándose de asuntos laborales. (Arts. 53 y 116 C.P).
- El anterior razonamiento, sumado a la probable delegación permanente (que impactaba la voluntariedad y excepcionalidad del mecanismo) de facultades públicas a particulares y/o particulares que cumplen funciones públicas (notarios) (véase art. 116 CP) condujo a la inexequibilidad de la legitimación como conciliadores en materia laboral de los centros de conciliación y los notarios así como de la sanción procesal por inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial

---

mas Procesales N° 23, abril de 1999. Ed. Sánchez R, Medellín. p. 59.

<sup>554</sup> Véase artículos 28 y siguientes, ley 640 de 2001.

<sup>555</sup> Véase sentencias C893 de 2001 y C 204 de 2003.

- Por último, la libertad (facultad) de optar por el mecanismo conciliatorio en materia laboral, así como para el trámite de selección de los representantes de los intereses de los trabajadores, es preponderante para asuntos individuales y colectivos, aun cuando pareciera no vulnerarse en la misma forma el derecho al libre acceso a la justicia en términos de gratuidad, debido al número de trabajadores requerido para la aplicación de la regla propuesta por la ley 640 de 2001; de ahí su consecuencial inexequibilidad.

En consecuencia, la desafortunada medida de promoción de los mecanismos alternativos de justicia, cuestionable como requisito formal violatorio del libre acceso a la justicia, perdió su carácter obligatorio como requisito de procedibilidad; quedó restringida su realización sólo ante los inspectores del trabajo y/o Ministerio Público y se perdió cualquier posibilidad de sancionar “procesalmente” al posible demandado por su inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación (carácter primordialmente voluntario), alejándonos aún más de lo que Prieto Quintero denomina la “nueva conciliación” donde el conciliador “no solo convoca con autoridad, mantiene el orden y el respeto en la audiencia, propone fórmulas y ayuda en su debate, sino que tiene un papel activo, definitivo en el acuerdo porque no solo ayuda eficazmente a que las partes lo logren sino que él lo homologa”<sup>556</sup>.

La conciliación en materia laboral enfrenta otra barrera: el asunto de la disponibilidad de los derechos laborales.

La legislación colombiana establece profundas restricciones a la negociación individual de los derechos laborales económico-prestacionales, privilegiando la negociación colectiva de los mismos bajo el argumento de que es el trabajador la parte débil de la relación de trabajo y que el estatuto jurídico laboral tiene en sí mismo como finalidad, la introducción de la justicia (equilibrio) en tan desproporcionada relación. (Art. 1° CST).

El artículo 53 constitucional establece probablemente el marco constitucional más importante en materia laboral, al fijar los principios mínimos fundamentales de todo estatuto laboral proferido en Colombia, entre los cuales se incluye la prohibición de negociar individualmente los derechos laborales a través del establecimiento de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías mínimos laborales establecidos en la Constitución y la ley de la facultad exclusiva de transigir y conciliar (negociar) únicamente cuando se trate de derechos inciertos y discutibles.

El Código Sustantivo del Trabajo establece, en su artículo 13, la regla imperativa de no atentar, por medio de pacto alguno, en contra de los derechos

<sup>556</sup> PRIETO QUINTERO, Andrés. El acuerdo conciliatorio, En: Revista Temas Procesales N° 26, agosto de 2002. Ed. Sánchez R. Ltda, Medellín. p. 72.

y garantías mínimas, que son aquéllos establecidos en su articulado, y en las leyes y disposiciones que las modifiquen y complementen. Adicionalmente, el artículo 14 establece, producto de la característica de orden público, atribuida a las normas laborales, la irrenunciabilidad de los derechos y garantías mínimos otorgados a los trabajadores, salvo por excepción legal. Dicha excepción puede encontrarse en el artículo 15 del mismo estatuto o en el mencionado artículo 53 constitucional: la transacción y la conciliación de derechos laborales individuales puede realizarse válidamente cuando se trata de derechos inciertos y discutibles.

Debe tenerse en cuenta que las mencionadas figuras jurídicas (transacción y conciliación) son formas de negociación individual de derechos. La transacción, reglada por el artículo 2469 del Código Civil colombiano, es un contrato mediante el cual las partes de una relación jurídica ceden y o renuncian a parte o a la totalidad de sus intereses o pretensiones con el fin de terminar un proceso iniciado o por iniciar. La conciliación, por su lado, es un mecanismo de solución de conflictos, extra o intra judicialmente, que pretende lo mismo que la transacción, solo que el acuerdo se realiza ante un tercero investido con la facultad de conciliar mas no de decidir por ellas y que en materia laboral no constituye requisito de procedibilidad pero que sólo puede realizarse ante el inspector del trabajo o el juez laboral.

### 10.3 DERECHOS INCIERTOS Y DISCUTIBLES

Según lo mencionado hasta este punto, la libertad negocial individual en materia laboral se encuentra profundamente restringida en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo expresa el tratadista español Carlos Mario Londoño, citado por Campos Rivera<sup>557</sup>,

... en nuestra disciplina no se permite la transacción cuando se refiere a derechos ciertos e indiscutibles, pues no es un derecho absoluto de las partes. Ella constituye una garantía para el trabajador, que sólo podrá transigir sobre lo cierto” de ahí que “solo admiten la transacción y la conciliación los derecho inciertos y discutibles. Sobre derechos ciertos, por ser el derecho laboral una disciplina protectora del trabajador, no proceden estas figuras<sup>558</sup>.

Excepcionalmente, puede proceder válidamente a través de la transacción, la renuncia o la conciliación cuando se trate de derechos inciertos y discutibles. De ahí la importancia de determinar la esencia de los mismos.

---

<sup>557</sup> CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Editorial TEMIS, sexta edición, Bogotá, 1997. p 191.

<sup>558</sup> CADAVID GOMEZ Ignacio, ARENAS GALLEGO Eraclio, Cartilla del Trabajo, Tercera edición, Universidad de Medellín, Medellín, 2008. p. 394.

De manera desafortunada, la legislación laboral no se ocupó de definir qué tipo de derechos laborales cumplen con dichas características, lo cual los haría susceptibles de ser negociados individualmente. Por lo anterior deberá acudir a una perspectiva jurisprudencial y/o doctrinal para intentar una caracterización de aquéllos.

En principio, debemos advertir que compartimos la tesis de Fabián Vallejo Cabrera<sup>559</sup> quien aclara, en primer lugar, que la diferencia entre derechos inciertos y discutibles, y aquéllos ciertos e indiscutibles no radica en lo relativo a los derechos adquiridos ni en las meras expectativas, por cuanto los derechos son o no ciertos o discutibles, pero en todo caso son derechos, no meras expectativas.

Lo trascendental para la ubicación de un derecho como cierto o incierto, discutible o no, radica en su situación probatoria, esto es, independientemente de la fuente de consagración del derecho (legal, convencional o contractual, por ejemplo), si su titular está en condiciones de probarlo, aquél será cierto e indiscutible, como es el caso de la confesión de la contraparte de su acreencia y/o la sentencia ejecutoriada proferida por un juez laboral. En caso contrario, esto es, la inexistencia de medios de prueba, el mismo deriva en incierto y, por lo tanto, discutible y negociable.

La indiscutible falta de reglas claras para definir la naturaleza de los derechos laborales y/o de la seguridad social (cierta o incierta, discutible o indiscutible) así como su clasificación e interpretación restrictiva por parte de jueces y conciliadores, ha constituido una barrera más al proceso de conciliación extrajudicial, esto es, no se sabe con certeza qué puede o no ser objeto de negociación individual. Pero, además, del efecto sobre el mecanismo conciliatorio, las restricciones antes mencionadas han sido catalogadas como “ineficientes” a la luz de las escuelas más ortodoxas del análisis económico del derecho, para quienes, incluso, el fin (único) del derecho es la eficiencia económica.

De acuerdo con la finalidad mencionada (eficiencia económica) y las características de los agentes (trabajadores)<sup>560</sup>, el legislador sólo excepcionalmente debería restringir la libertad negocial individual de los mismos, ya que impedir cualquier acuerdo entre los agentes, beneficiosos para ambos o al menos para uno sin desmejorar al otro (eficiencia de Pareto), implicaría una clara ineficiencia provocada por el derecho e inconcebible bajo dicha escuela.

<sup>559</sup> VALLEJO CABRERA, Fabián; *La oralidad laboral Teoría –práctica y jurisprudencia Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*, quinta edición, ed. Librería jurídica Sánchez R. Medellín, 2008. p. 81.

<sup>560</sup> SUNSTEIN, Cass. *Human Behavior and the law of work*. John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 100. University of Chicago, 2000. 37 p.

Según ese planteamiento planteamiento, los trabajadores tienen ciertas características, como agentes económicos, que deben tenerse en cuenta al momento de analizar el impacto en términos de eficiencia del otorgamiento de derechos negociables o no en materia laboral. Veamos:

1. Los trabajadores son mucho más opuestos al riesgo y a las pérdidas, y no se preocupan tanto por la obtención de ganancias como otros agentes. En este sentido, para los trabajadores podría resultar eficiente, en términos de maximización de su bienestar, negociar derechos de tipo prestacional de acuerdo con sus necesidades presentes, evadiendo el riesgo empresarial futuro.
2. Los trabajadores normalmente no tienen muchos conocimientos legales, específicamente en materia de derechos laborales y aquéllos que les niegan derechos o les imponen restricciones (como la de negociar). Esta característica del agente en mención permitiría inducir que bajo un sistema de derechos negociables, se produciría en dicho mercado un nivel superior de información, más completa y veraz, lo cual permitiría reducir el impacto actual de la asimetría de información entre trabajadores y empleadores.
3. Los trabajadores son excesivamente optimistas.
4. Los trabajadores se preocupan demasiado por la justicia y están dispuestos a castigar a aquellos empleadores que los han tratado injustamente, incluso asumiendo ellos mismos el costo de dicho castigo.
5. Los trabajadores se preocupan por su posición económica relativa, no absoluta, y usualmente descuentan el futuro.

Estas características acerca de la racionalidad económica de los trabajadores complementan la tesis anteriormente planteada: los trabajadores preferirían (porque maximiza su bienestar) negociar sus derechos económicos o prestacionales de manera individual, lo cual les permitiría satisfacer sus necesidades hoy, sin importar el futuro, y estarían dispuestos a negociar si el arreglo fuera eficiente, evitándose así las ineficiencias propias de las preocupaciones morales y de justicia por propia mano, producto de retaliaciones y venganzas en contra de sus empleadores.

Estas características sugieren que en algunos casos, contrario a la tesis formulada en el teorema de Coase (de que la asignación inicial de derechos es intrascendente si los costos de transacción son bajos), podría ser deseable la asignación de derechos laborales negociables que permitan a los trabajadores maximizar su utilidad a través de transacciones (léase conciliaciones) con sus empleadores de manera informada, en vez de crear rigideces ineficientes estableciendo derechos no negociables en cabeza de aquéllos (costos de transacción prohibitivos).

Hoy la conciliación laboral extrajudicial opera poco debido a lo anteriormente anotado; de otro lado, la conciliación judicial ha ganado terreno en el contexto de intermediación e inquisición del proceso laboral bajo el sistema de aseguramiento de la oralidad.

El reto frente a los mecanismos alternativos y formales de justicia (intra o extrajudiciales) es la creación de incentivos para su uso (premisa también aplicable al cumplimiento de las obligaciones laborales sustanciales): debe pensarse en sistemas de información pública que interioricen el costo social del incumplimiento o de la negativa a un arreglo eficiente; el desarrollo de sistemas de propiedad (intelectual) sobre marcas socialmente responsables, generadoras de valor empresarial, incentivos tributarios (exención de renta en pagos laborales) por estándares mínimos de responsabilidad social empresarial o “ciudadanía corporativa”, promover la competencia del lado de la oferta en el mercado laboral (las mejores empresas -desde lo laboral- atraen los mejores trabajadores/ la utilidad por incumplimiento laboral no es un bien sustituto de la “buena mano de obra”) para sólo mencionar algunas opciones.

#### 10.4 LA ORALIDAD EN MATERIA LABORAL

La ley 1149 de 2007, de aseguramiento de la oralidad en materia de procedimiento laboral, partió nuevamente de la crisis de la justicia (particularmente en dicha materia) y del incumplimiento del sistema procesal predominantemente oral, como argumentos esenciales para justiciar las modificaciones propuestas. A pesar de que compartimos la tesis según la cual la reforma no puede considerarse una “medida contra la congestión judicial ni la panacea de la celeridad”<sup>561</sup>, no solo porque la comisión redactora de la misma así lo haya declarado, sino porque sería absolutamente incauto pretender de la misma dichos efectos, debe recordarse que, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley, la congestión judicial<sup>562</sup> o la celeridad sí eran un elemento relevante:

(...) El presente proyecto de ley surge del un presupuesto básico que tiene que ver con entender el desarrollo de la oralidad como elemento rector del modelo procesal laboral y un objetivo que tiene que ser efecto, entendiendo la necesidad social de que dicho desarrollo conlleve necesariamente **celeridad** en el desarrollo de la relación procesal laboral y de la seguridad social, no solo como un objetivo del Estado, sino en respuesta al clamor del usuario de la administración judicial como elemento principal y actor principal del proceso(...)

<sup>561</sup> HERRERA, Juan Guillermo. El proceso oral laboral, En: Oralidad y proceso. Universidad de Medellín, 2009. p. 177.

<sup>562</sup> Para el momento de discusión del proyecto, el inventario de procesos laborales en juzgados laborales a nivel nacional se acercaba a los 132.000; los tribunales y salas contaban con casi 16.000 procesos más.

(...) el Gobierno Nacional a través del presente proyecto normativo pretende consagrar un proceso abreviado al máximo, sin formalismos ni ritualidades, que pueda desarrollar la finalidad constitucional de defensa de los derechos fundamentales, en el entendido de que lo que importa al ciudadano es un proceso ágil y accesible que le brinde la posibilidad de reivindicación social con respuestas eficaces a sus intereses (...)<sup>563</sup>.

Incluso, hoy la oralidad como sistema sigue siendo asociada, como causa o efecto, a la celeridad; el reciente informe de la Comisión de Expertos sobre la reforma a la justicia, dentro del capítulo dedicado a la congestión judicial, recomienda convertir el principio de oralidad como regla para todos los procesos<sup>564</sup>.

La reforma contenida en la ley 1149 de 2007 implicó una reforma (no de fondo) con el fin de asegurar un sistema procesal mixto con predominancia de oralidad<sup>565</sup>, a través de modificaciones al trámite y proposición (y prueba) de excepciones e incidentes; a las clases, señalamiento y ejecución de audiencias; a los poderes, límites y formas para la emisión de actos del juez (en audiencia pública por regla general) y a la interposición y sustentación de recursos (como el de apelación de sentencias).

A pesar de los invisibles y, por supuesto, no esperados efectos sobre la celeridad (en promedio un despacho laboral en la ciudad de Medellín pasó de tramitar 1.000 procesos en un año, a 600 durante el mismo período de tiempo), la reforma al proceso laboral ha dejado importantes, y para nada reprochables, efectos positivos en cuanto a la calidad de la justicia administrada, especialmente en lo relativo a concentración de actuaciones procesales, inmediación, publicidad y conciliación judicial.

El cambio de paradigmas en la conducta de jueces y abogados litigantes, efecto esperado de la reforma bajo estudio, ha sido constatable. Hoy, los jueces laborales (de oralidad) son verdaderos directores del proceso (inquisitivo), conocedores del mismo, partícipes directos de la práctica de pruebas realizadas en audiencias públicas y orales, lo cual les otorga posibilidades reales de fallar en condiciones de mayor aproximación a la justicia material. De otro lado, la conducta responsable de los apoderados es notoria; ante la posibilidad de una decisión total o parcialmente desfavorable y de la consecuencial obligación de interponer y sustentar oralmente en audiencia pública los recursos frente a las mismas, no le ha quedado más a los profesionales litigantes que representarse *ex-ante* a aquéllas, las posibles opciones de contradicción y sus respectivos fundamentos jurídicos procesales y sustanciales.

---

<sup>563</sup> Exposición de motivos ley 1149 de 2007.

<sup>564</sup> *Ámbito Jurídico* N° 295, año XIII, abril – mayo de 2010, p. 10.

<sup>565</sup> HERRERA, Juan Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 183.

Sin embargo, algunos de estos efectos se ven opacados por la denominada política de “descongestión judicial”, amparada igualmente en la crisis de la justicia y, en particular, para el caso laboral como presupuesto para la correcta y efectiva implementación de la oralidad.

En particular, la reforma al procedimiento laboral con fines de asegurar la oralidad (ley 1149 de 2007) tuvo como presupuestos para su adecuada implementación: la gradualidad (ver también ley 1285 de 2009), el establecimiento de cargas y metas razonables para los jueces y empleados, la división (procesos bajo oralidad y no oralidad), la sostenibilidad del proceso de implementación, los requerimientos de tecnología e infraestructura así como de personal (calidad y cantidad).

Desafortunadamente, la creación de despachos “adjuntos” o de “descongestión”, con la característica de ser despachos transitorios presupuestalmente<sup>566</sup> a los cuales se les encarga cierto número de procesos por un tiempo determinado -relativamente corto- y generalmente solo para proferir sentencia ha mantenido y profundizado, al menos en los procesos tramitados bajo el esquema anterior a la ley 1149 de 2007, los graves problemas relativos a la falta de intermediación, de concentración, de consonancia de las actuaciones y de dirección del proceso, a la migración de procesos (los expedientes van y vienen de uno hacia otro despacho ante el desconcierto de partes y apoderados) y a la violación al régimen de notificaciones, dando al traste con la finalidad de todas las mencionadas medidas de garantizar la TJE.

Esta situación se ve exacerbada por las políticas de productividad: el presupuesto de asignación de metas razonables de productividad judicial, al menos en este tipo de despachos, sigue siendo bastante discutible (debido al alto número de sentencias que se espera profieran mensual y anualmente los despachos), lo cual, sumado a los factores ya anotados, genera un ambiente ideal para la reducción en la calidad de la justicia administrada.

De esta forma, la congestión ha venido migrando hacia las salas laborales de los tribunales de distrito, quienes debido a los “vicios” procesales y sustanciales anotados ven incrementar el número de recursos judiciales de manera exponencial, sin contar, además, con que el apoyo administrativo recibido a la par de la creación de los despachos adjuntos o de descongestión no fue equilibrado (en vez de crearse nuevos cargos para magistrados de tribunal, para dar cuenta de los recursos presentados frente a las decisiones proferidas por los despachos de primera instancia). Los tribunales, al menos en el caso de Medellín, recibieron un cargo de auxiliar, presupuestado económicamente solo hasta diciembre de 2010.

---

<sup>566</sup> Para 2010 fueron presupuestados para la ciudad de Medellín 34 despachos adjuntos laborales.



La crisis de la Administración de Justicia, y en particular el deber de garantizar la tutela judicial efectiva, debe retornos en el diseño de estrategias que nos permitan “procesalmente” abordar la conflictividad con mejores herramientas.

Sin pretender justificar el malestar de la justicia, debe considerarse en este diseño que la promoción de políticas conciliatorias, de descongestión o de oralidad envían el mensaje y crean el incentivo social de acudir masivamente a la justicia, es decir, disminuyen el denominado índice de inhibición ante la misma.

Sin embargo, la preocupación antes mencionada no puede llevarnos a nuevos efectos negativos frente a la Administración de Justicia, como el de abandonar el modelo de justicia formal.

A pesar de los aparentes esfuerzos estatales por garantizar desde medidas procesales laborales –bien sea administrativas o legales–, la efectividad de los derechos y garantías de todas las personas, no están dadas aún las condiciones para el acceso judicial efectivo a los mismos, ya que “la puerta de entrada” a la mora por parte de los deudores laborales (públicos y privados) y de los prestadores de servicios de seguridad social permanece abierta.

Hemos querido contestar responsablemente a las demandas de justicia laboral efectiva, pero, en el fondo, tenemos un modelo de Estado y de sociedad que no incentiva de manera predominante el cumplimiento de las reglas propias de las relaciones de trabajo y o del sistema de seguridad social; y en la forma (reglas procesales y/o de Administración de Justicia) tenemos un modelo que no garantiza la calidad de la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN CANO, Jaime. Estructura del proceso laboral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. 174 p.
- BEDOYA, Hugo Alexander. La oralidad en el proceso laboral. Bogotá: LEYER, 2008. 228 p.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho laboral colombiano. 6ª edición. Bogotá: Temis, 1997. 504 p.
- CADAVID GÓMEZ Ignacio, ARENAS GALLEGO Eraclio. Cartilla del Trabajo. 3ª edición. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2008. 394 p.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 2ª edición. Madrid: Civitas 1989. 284 p.
- HERRERA, Juan Guillermo. El proceso oral laboral. En: Oralidad y proceso. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009. pp. 175-202.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Efectos de la política de desjudicialización de conflictos. En Revista Temas Procesales N° 23, abril de 1999. Ed. Sánchez R, Medellín. pp. 57-69.

PRIETO QUINTERO, Andrés. El acuerdo conciliatorio En: Revista Temas Procesales N° 26, agosto de 2002. Ed. Sánchez R. Ltda., Medellín. pp. 69-81.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO Eugenio. Teoría general del proceso. Tercera edición. Bogotá: TEMIS, 2000. 599 p.

SUNSTEIN, Cass. Human Behavior and the law of work. John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 100. University of Chicago, 2000. 37 p.

VALLEJO CABRERA, Fabián. La oralidad laboral. Teoría-práctica y jurisprudencia Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. 5ª edición. Medellín: ed. Librería jurídica Sánchez R., 2008. 429 p.



## CAPÍTULO 11

# Garantismo procesal respecto a la facultad probatoria del juez en el proceso laboral

*Tania Inés Martínez Medrano\**

### INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se pretende exponer diversos aspectos de orden procesal íntimamente vinculados con las facultades probatorias del juez en el ámbito del procedimiento laboral y de la seguridad social en nuestro país.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la dogmática procesal se preocupó de deslindar conceptualmente los principios contrapuestos dispositivo / inquisitivo de los principios también contrapuestos de parte / práctica de oficio<sup>567</sup>. Esta distinción fue y sigue siendo presentada hasta el día de hoy como estrictamente técnica, pero pareciera que obedece a un interés público e ideológico. “En efecto la disociación del principio de aporte de pruebas de parte del dispositivo y el desgajamiento del principio de investigación oficiosa del juez, del inquisitivo, configurándolos como unidades conceptuales independientes, ha permitido una combinación de principios especialmente funcional al fenómeno de la publicación del proceso civil”.<sup>568</sup> Se supone que el aumento de los poderes formales

---

\* Abogada. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Corporación Universitaria del Caribe. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad de Sucre. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de la Universidad de Sucre; docente de la Fundación Universitaria San Martín. Docente investigador de la Corporación Universitaria del Caribe. Docente de posgrados en algunas universidades de la costa Caribe.

<sup>567</sup> CARROCA. A. Manual de derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis. Año 2003. p 25.

<sup>568</sup> CALAMANDREI. Citado por PALAVENCIANO, Claudio. El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno. Artículo escrito para la Revista Fundación cultural universitaria. Editorial Universidad de Montevideo. Año 2005. p. 19. Fenómeno que descansa sobre la idea o principio de que ‘el derecho procesal es un derecho público, aunque sea un instrumento de tutela de derechos privados’. Significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos normalmente privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública del Estado. Por consiguiente, “la función del juez no puede ser la de asistir pasivo al intercambio de los escritos; el juez debe ser un estimulador de las

y materiales del juez en la actividad probatoria dentro del proceso no entrarán en conflicto con el interés de las partes dentro del sumario mismo, dado que el debido proceso y el interés público actúan como control para el desarrollo de tal rol por el fallador.

En todos los códigos de procedimiento laboral de Latinoamérica, hemos conservado elementos del proceso inquisitivo, en los cuales se aprecia un predominio del autoritarismo del juez laboral. No en vano el profesor Michele Taruffo advierte que

... la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros del hecho de encontrarnos frente a un sistema autoritario, mientras que en un sistema auténticamente liberal no debería atribuírsele a un juez ningún poder de iniciativa de instrucción. En realidad todo se circunscribe a un juego circular de definiciones, se puede llamar autoritario al proceso en el que el juez tiene poderes de instrucción y llamar liberal al proceso en que el juez está privado de tales poderes<sup>569</sup>.

En países como Brasil, Chile y Venezuela, y en el nuestro, los códigos de procedimiento laboral acarician los límites del autoritarismo, y apelan al debido proceso como el principio que justifica de una u otra forma la facultad probatoria del juez dentro del litigio; se presenta, así, al fallador como uno de los responsables del desarrollo del proceso siempre que se garantice el ejercicio de los derechos fundamentales y constitucionales de las partes.

A partir de lo anterior, se hace entonces pertinente preguntarse: ¿cuáles son la función y el objeto del proceso laboral y de la seguridad social? ¿En qué consisten las garantías que ofrecen los principios del derecho procesal? ¿Cómo se desarrolla el impulso procesal de oficio en el derecho laboral y de la seguridad social? ¿Y la importancia del desarrollo de la facultad de la prueba de oficio por el juez laboral? Todo ello pretende ser abordado con miras a lograr establecer si existe garantismo en la actividad probatoria oficiosa del juez en el procedimiento laboral colombiano.

## 11.1 EL PROCESO LABORAL, SU OBJETO Y SU FUNCIÓN

Es importante tratar, en primera instancia, de analizar la cultura multidimensional del modelo jurídico en el marco de la relación hombre-sociedad, cultura-derecho.

Ese marco integra lo jurídico en una concepción de la cultura entendida en términos generales, como matriz de vida dotada de sentido. De modo que los

---

partes, un buscador activo de la verdad, aun cuando las partes no sepan o no quieran descubrirla”.

<sup>569</sup> TARUFO. Michele. Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa. Artículo publicado inicialmente en la Rivista trimestrale del diritto y procedura civile. Año 2006. p. 451.

hombres crean, modifican o inciden en la cultura de su tiempo dándole sentido. Y al mismo tiempo, reciben el sentido a través de las pautas culturales de la sociedad a la que pertenecen. Por eso la cultura se manifiesta como forma de vida, como orden y como tarea. El análisis de esa tarea permite descubrir las distintas raíces de la sociedad y de la cultura: el porqué de las estructuras institucionales, de los ordenamientos jurídicos, de las costumbres, de los modos de expresión de los valores, del significado de la ética social, del juicio acerca de los desvalores, etcétera<sup>570</sup>.

Indudablemente que para comprender las características particulares que tiene cada sistema procesal y su forma de practicarlo, es necesario estudiar las circunstancias de tiempo, de modo, de grupo y lugar que lo condicionan y definen. En el procedimiento laboral, existe una combinación entre estas circunstancias condicionantes, de modo tal que el modelo multidimensional es el más comprensivo de los modelos, al contemplar la íntima relación entre la sociedad, el hombre, el derecho y la cultura, no desde una visión estática sino dinámica.

Este modelo reconoce la existencia de concepciones de sociedad, de poder, de políticas y de axiologías, generalmente implícitas u ocultas en el discurso de lo jurídico, razón por la cual se afirma la necesidad de su explicitación a los fines de comprender la teleología del derecho, o de las propuestas objetivas de los diversos ordenamientos legales, con el fin de lograr una interpretación integral de lo jurídico<sup>571</sup>.

En principio, el procedimiento laboral surge como consecuencia de la necesidad social que tiene su origen en elementos culturales de la sociedad que, en su momento, experimentaban inseguridad respecto a la relación de predominio entre trabajador, como el elemento débil de la relación, por su condición de sumisión producto del contrato mismo de trabajo, y el empleador, el sujeto fuerte de la relación con predominio de la capacidad productiva y con el respaldo de la capacidad económica; es así como en nuestro país el “derecho procesal laboral surge durante la vigencia de un estado de sitio, producto de los hechos del 10 de julio de 1944, es en ese mismo año que se dictó el decreto 2350 que se convirtió en la primera regulación legal de dicha rama especializada de la jurisdicción ordinaria”<sup>572</sup>. En efecto, mediante este decreto se dispuso la creación de los tribunales municipales, seccionales y Supremo del Trabajo, se nombraron una serie de principios que debían ser reconocidos como los pilares del

<sup>570</sup> MARTÍNEZ. Paz Fernando. La construcción del mundo jurídico multidimensional. Córdoba-España: Editorial. Advocatus, Año 2003, p. 89-90.

<sup>571</sup> GONZÁLEZ CASTRO, Manuel. La acción meramente declarativa. Santiago de Chile: Ed. De derecho, 2007, p. 26.

<sup>572</sup> VALLEJO. Cabrera Fabián. Derecho procesal del trabajo. Segunda edición. Medellín. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Año 2003. p. 25.

proceso laboral y se ordena pasar los asuntos de derecho laboral, de los cuales venían conociendo los jueces civiles, a los juzgados laborales reconocidos como organismos especializados para este tipo de negocios o asuntos. Fue acogido de manera definitiva el decreto 2350 de 1944 como legislación permanente en 1945, por medio de la ley sexta que introdujo algunas reformas; en lo concerniente al procedimiento como tal las actuaciones se regularon conforme a lo establecido en el artículo 3° de la ley 75 de 1945, ya que no existía un código especializado en derecho procesal laboral.

Luego de varios intentos fracasados para adoptar un Código Procesal Laboral, y hallándose el país en estado de sitio, se expidió por el gobierno nacional el decreto legislativo 2158 del 24 de junio de 1948 el cual tuvo como objeto imponer el estatuto procesal del trabajo, adoptado como norma permanente a través del decreto 4133 del 16 de diciembre del mismo año, el mismo que aún hoy se mantiene vigente con algunas reformas, que no han sido más que producto de la evolución social del hombre<sup>573</sup>.

Si examinamos el contexto histórico del surgimiento del derecho procesal laboral, este se presentó con el desarrollo de lo que conocemos como neoliberalismo y concomitantemente con ello, el levantamiento de una economía capitalista descomedida, donde las desigualdades cada vez son más apreciables<sup>574</sup>, los oprimidos cada vez están más agobiados y los que ostentan el poder cada vez son más poderosos. Todo este panorama generó como consecuencia la necesidad de crear un elemento, al menos, de carácter formal que procurara establecer un equilibrio jurídico frente al desequilibrio, producto de la realidad social; en efecto, el objeto principal de la esencia del derecho procesal laboral está concentrado en la necesidad de establecer un panorama de equilibrio frente a la desigual relación que existe entre el empleador y el trabajador, ante una realidad social y cultural que ninguna sociedad puede ocultar, debido a que el contexto sitúa a unos en una posición de ventaja frente a otros.

En esta perspectiva llena de divergencias, el derecho como instrumento social, producto de la conducta cultural del hombre y su desarrollo dentro de la comunidad, ha desarrollado una serie de principios que de una u otra manera buscan establecer el equilibrio. En este contexto, “aparece un nuevo complejo normativo que cuyo objeto explícito es el de tutelar a uno de los integrantes del vínculo laboral, *el trabajador*, y compensar normativamente las desigualdades económicas, políticas y culturales”<sup>575</sup>.

---

<sup>573</sup> VALLEJO. Ob. Cit. p 26.

<sup>574</sup> GONZÁLEZ CASTRO, Manuel. Op. Cit. p. 26.

<sup>575</sup> TOSTO, Gabriel y otros. Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo. Tercera edición. Córdoba: Editorial Nuevo enfoque jurídico, 2007. p. 137.

De igual forma, es importante resaltar que el nacimiento del derecho procesal del trabajo descongestiona los despachos civiles; asimismo, surge por la necesidad de dar respuesta a la notoria incapacidad por parte del derecho procesal civil para resolver las controversias propias de las desigualdades entre el empleador y el trabajador.

Mucho se ha debatido sobre la autonomía del derecho procesal del trabajo como una disciplina jurídica. Algunos autores como Francesco Carnelluti y Alberto Trueba Urbina<sup>576</sup> entre otros, la defienden en este sentido, afirmando que es una disciplina autónoma con instituciones propias y con sus propios principios, elementos estos, que la diferencian de otras disciplinas. Para Trueba Urbina, por ejemplo, el derecho procesal del trabajo es autónomo “por la especialidad de sus instituciones, de sus principios básicos y por su independencia frente a otras disciplinas; y no se le puede negar independencia por más amor que se tenga a la concepción unitaria del derecho procesal y a la ciencia burguesa”, pues su función trascendental –agrega– es la de “impartir justicia social”<sup>577</sup>. Para este autor, el derecho procesal del trabajo formaría parte de lo que él denomina derecho procesal social, en contraposición al derecho procesal que califica de “burgués” (en clara alusión al derecho procesal civil), con el cual resulta “incompatible”, pues la autonomía del derecho procesal social es tal, que no puede formar parte de la clásica teoría general del proceso, sino que origina una teoría propia que agrupa a todos los procesos sociales: el agrario, del trabajo y de la seguridad social, económicos, asistenciales, constituyéndose con éstos una autónoma *teoría general del proceso social* y como partes de éste principalmente el proceso del trabajo, agrario y de seguridad social que rompen la teoría burguesa de igualdad e imparcialidad del derecho procesal individualista<sup>578</sup>.

De otra parte, la mayoría de los autores de la teoría procesal y procesal laboral, afirman que el derecho procesal laboral es una disciplina que está dentro del gran marco del derecho procesal general, por lo tanto rechazan la autonomía del derecho procesal del trabajo respecto del derecho procesal en general. Se trata de quienes hacen de la unidad del derecho procesal un dogma y pregonan la existencia de la unidad fundamental del proceso, donde todos sus tipos responderían al mismo concepto. Como una manifestación de esta tendencia, ya no teórica sino legislativa y real, menciona PASCO COSMÓPOLIS la adopción por el Uruguay de un Código Procesal único, que no sólo somete a un mismo trámite los asuntos civiles y laborales, sino incluso los penales, salvando así de un solo y gran salto el

<sup>576</sup> VALLEJO. C. Fabián. Ob. Cit. p 24.

<sup>577</sup> TRUEBA URBINA, Alberto. Nuestra teoría integral de derecho del trabajo y de su disciplina procesal, en Estudios sobre derecho laboral – homenaje a Rafael Caldera, Tomo II. Caracas, Edit. Sucre, 1977, p. 1579

<sup>578</sup> TRUEBA. Ibíd. p. 1582.



abismo tradicional reconocido entre las disciplinas dispositiva e inquisitiva, como ya preveía LUIGI DE LITALA, en Italia, quien fue de los primeros en afirmar que en el futuro podrían fundirse las diversas ramas procesales<sup>579</sup>.

Ahora bien, visto lo anterior, es importante aclarar que existe una gran cantidad de elementos que hacen parte del derecho procesal general que le son comunes a todas las áreas del derecho procesal Laboral y de la seguridad social, por ejemplo los elementos de la demanda, las partes, los medios de prueba, la acción y la excepción, entre otros; asimismo, existen algunos conceptos que son propios de cada área del derecho según sea la naturaleza del conflicto, pero no por ello se puede llegar a afirmar la completa independencia del derecho procesal laboral del derecho procesal. Por lo tanto particularmente comparto la teoría que establece, que el derecho procesal laboral está inmerso en el derecho procesal general, al llegar a este punto, se puede determinar que no es una disciplina independiente, por el contrario la base de la esencia del derecho procesal laboral se encuentra inmersa en el derecho procesal general.

#### 11.1.1 Las garantías de los principios del proceso laboral

“El proceso no es ya un simple instrumento”<sup>580</sup>. El proceso está destinado a procurar la garantía de una convivencia justa, donde los derechos constitucionales y todos los bienes jurídicos tutelables puedan ser protegidos ante su desconocimiento o vulneración; con ello se busca procurar un orden justo para las sociedades y, más aún, la prevalencia de la dignidad humana.

Hoy día el proceso aborda elementos tales como la necesidad social del establecimiento de la verdad material, instituir garantías para salvaguardar los derechos fundamentales y ofrecer a la comunidad tranquilidad y confianza en el sistema. En materia laboral, se llega al proceso para darle aplicabilidad al procedimiento, luego del encuadramiento sustantivo, cuando queda claro que existe “un conflicto intersubjetivo de intereses, donde habita la coexistencia entre una pretensión y una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social”<sup>581</sup>. A hora, en el ámbito procesal laboral y de la seguridad social se puede conceptualizar que “es el choque o el desacuerdo provocado por la existencia de pretensiones diferentes, antagónicas y simultáneas, que surgen

---

<sup>579</sup> MEZA, Salas Marlon. Autonomía o especificidad del derecho procesal del trabajo. Artículo originalmente publicado en el Libro Homenaje al Dr. José Román Duque Sánchez, editado por Fernando Parra Aranguren y publicado por el Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003. Reimpreso en el Libro “Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos–”, editado por Fernando Parra Aranguren y publicado por el Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004 p. 324.

<sup>580</sup> RAMÍREZ C., Diana. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 70.

<sup>581</sup> VELLOSO ALVARADO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Argentina: Editorial Santa Fe, 2004. p 14.

como consecuencia de la prestación de servicios en relación de subordinación, por parte del trabajador ya sea que intervengan individuos aislados o grupos de individuos u organizaciones gremiales con respecto a los intereses del empleador”<sup>582</sup>, es decir, que al proceso laboral se llega debido a la inconformidad que surge entre el empleador y el trabajador o el colectivo de trabajadores, producto de la relación laboral.

Es importante resaltar en este punto que el proceso y el procedimiento no pueden ser confundidos; siguiendo al maestro Francesco Carnelutti, debemos entender por proceso la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio; y el procedimiento es el orden y la sucesión de pasaos para la realización del proceso. El procedimiento laboral se estructura a base de principios<sup>583</sup>, los cuales son:

- Gratuidad: contemplado en el artículo 39 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, en el que se desarrolla el reconocimiento de las actuaciones del procedimiento sin costo alguno; como consecuencia de ello, la ley no establecerá obstáculo alguno de índole económico-administrativo ni jurisdiccional<sup>584</sup>.
- Oralidad: el legislador colombiano, siguiendo la pauta universal, dispuso como se expresa en la reforma de la ley 1149 de 2007, que el proceso laboral en nuestro país es un proceso oral que requiere de la escritura. En tal sentido, precisan los tratadistas Hernán Fabio López Blanco<sup>585</sup> y Ulises Canosa Suárez, que es importante, sin embargo, dejar establecido que la expresión proceso oral no es contraria, no se opone a la utilización de la escritura o de otro medio de conservación futura de las ideas, y por eso el proceso por audiencias no proscribe sino que también supone la elaboración de documentos para dejar constancia de lo sucedido, ya sea mediante actas escritas o sistemas de grabación. Del proceso por audiencias también se construye

<sup>582</sup> SOMARE, José y otro. Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo. Provincia de Córdoba. Editorial Advocatus, 1998. p. 14

<sup>583</sup> TOSTO, Gabriel y otros. Principios y reglas del contrato de trabajo y el derecho colectivo del trabajo. Estudios de derecho práctico laboral. Tercera edición. Provincia de Córdoba. Editorial, Nuevo enfoque jurídico. Año 2007. p. 77 Afirma TOSTO que, “el término principio suele resumirse como un conjunto de normas que regulan una determinada aérea de conducta, como acontece en el derecho laboral, con el principio de protección, el de buena fe. De otro lado, el empleo argumentativo de un principio suele funcionar como apoyo de una decisión judicial. p. 24. DWORKIN, en su libro “Los derechos en serio” afirma que los principios son “un estándar fundante que debe ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

<sup>584</sup> TOSELLI, Carlos Alberto. Derecho del trabajo y la seguridad social. Segunda edición. Provincia de Córdoba. Editorial Alveroni, 2002. p. 283.

<sup>585</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, parte general. Tomo I, Bogotá: EDITORIAL, ABC. Año 1997. pp. 87 a 90.

un expediente, o un conjunto de documentos como soporte histórico, porque la palabra nace y muere con la voz y con la constancia documental permanece para el futuro, y así se permite la demostración posterior, precavando discusiones y nuevos litigios<sup>586</sup>.

- Concentración de las pruebas: la ley procesal debe procurar que las pruebas se produzcan en el mismo acto<sup>587</sup>. En nuestro código se cumple a cabalidad debido a que, en la presentación de la demanda como en la contestación de la misma se exige que se realice una relación concreta y específica de las pruebas que se van a controvertir dentro del litigio, de igual forma la práctica de las pruebas se desarrolla en una etapa procesal bien definida (la audiencia de trámite).
- La inmediación: el objeto de este principio se concentra en que el juez que produce la sentencia debe ser el mismo que estuvo en conocimiento del desarrollo de todo el proceso; es decir, debe ser el mismo que haya tenido un contacto directo con las partes y las práctica de las pruebas<sup>588</sup>, de modo que su relación con el asunto sea integral.
- Fallo ultra petita: siguiendo a Gregorio Rodríguez, se hablará de un fallo ultra petita, cuando en aquel se condene por sumas mayores que las pretendidas en la demandada.
- La libertad en las formas procesales: contenida en el artículo 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que prescribe que los actos procesales para los cuales las partes no prescriben una forma determinada los realizará el juez, para lo cual, dispondrá que se lleven a cabo de manera adecuada al logro de sus finalidades.
- Impulso procesal de oficio: al juez laboral le está prohibido iniciar la acción procesal de oficio. En nuestro país se requiere de la actuación inicial de parte para dar origen al proceso, en este caso, la presentación de la demanda, pero una vez presentada, el juez está obligado a tramitar el proceso hasta su culminación. Lo anterior significa que “una vez incoada la acción ésta se desprende del titular de la misma, quien a partir de dicho momento pasa a carecer de facultad dispositiva”<sup>589</sup>.
- Independencia del juez: la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 228 que las decisiones de los jueces serán independientes<sup>590</sup>. Por

<sup>586</sup> CANOSA SUÁREZ, Ulises. Ponencia presentada en el XVIII Congreso colombiano de derecho procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. D´ Vinni Editorial Ltda. Bogotá 1997, p 474.

<sup>587</sup> CAMARGO RODRÍGUEZ, Gregorio. Curso de derecho procesal laboral. Octava edición. Medellín. Editorial Ediciones Librería del Profesional, 2000. p. 29.

<sup>588</sup> CAMARGO R. Op. Cit., p. 31.

<sup>589</sup> TOSELLI. Ob. Cit. p. 283.

<sup>590</sup> Constitución Política de Colombia. Bogotá. Editorial Leyer. Año 2009. p. 132.

su parte el artículo 5 de la ley 270 de 1996 estableció este postulado como uno de los principios de la Administración de Justicia, cuando afirma que “la Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia”.

## 11.2 EL IMPULSO PROCESAL DE OFICIO

Si bien es cierto, los principios están directamente relacionados con la aplicación de las garantías constitucionales<sup>591</sup> y con la protección de los derechos fundamentales de las partes, también lo es que la complejidad de la función pública implica la interpretación del ordenamiento jurídico para la solución del caso, pero a la vez le exige al juez la protección de los derechos fundamentales y la aplicación de todas las garantías constitucionales<sup>592</sup>.

Luego, entonces, uno de los aspectos de mayor discusión es el vinculado al impulso procesal en el procedimiento laboral. En este procedimiento el impulso es oficioso, se lleva por el mismo juzgador, que es a quien le compete el paso de una etapa del procedimiento, a otra (artículo 48 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social). Esta modalidad, adoptada por nuestros códigos procesales laborales, es decir, la mayoría de los códigos procesales del trabajo en América Latina, tiene asidero en la necesidad de salvaguardar el orden público, componente base para el desarrollo de las normas del procedimiento laboral y de la seguridad social, por lo tanto, se caracteriza por sus auténticos trazos, propios del “sistema inquisitivo”<sup>593</sup>.

Con todo lo anterior, siguiendo a Etxeberria, se puede afirmar que “el fenómeno se descansa sobre la idea o principio de que el derecho procesal es un derecho público, aunque sea un instrumento de tutela de derechos privados, significa que el proceso civil, aun siguiendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos normalmente privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública del Estado”<sup>594</sup>.

<sup>591</sup> RAMÍREZ. Diana. Ob. Cit. p. 95.

<sup>592</sup> RAMÍREZ. Diana. Ob. Cid. p 95.

<sup>593</sup> RAMÍREZ. Diana. *Ibíd.* pp. 49 y 50. “Cuando se habla del sistema adversaria como un sistema contrapuesto al inquisitivo, se asume en un sentido fuerte y a la vez se da por entendido que el proceso inquisitivo tiene también un significado contundente e invariable: la concentración absoluta de poderes en el juez. Resulta plausible sostener que un tipo d proceso donde el poder se encuentra totalmente concentrado en el juez o en las partes no existe para el derecho contemporáneo, en los sistemas que se desprenden de las familias del *civil law* o del *common law*. Este tipo de absolutismo arbitrario desvirtúa todas las garantías constitucionales del debido proceso, que adoptan las constituciones materiales y a demás, desintegra la estructura del proceso como relación jurídica compleja”.

<sup>594</sup> ETXEBERRIA. J. Las facultades judiciales en materia probatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Valencia: Editorial Titán Blanch, 2003. p. 36.

Dicho lo anterior,

... la dogmática procesal cayó en la cuenta que también el proceso laboral es cosa pública y surgió entonces la necesidad de otorgarle un papel protagónico al juez, representante del interés público, para lo cual hubo que despojar a las partes de su señorío sobre el impulso procesal y de su monopolio sobre la aportación de las pruebas, reservándoles únicamente la disponibilidad sobre el inicio del proceso y la determinación de su objeto. Como ocurrió en su momento con el procedimiento civil, donde de igual forma pudieron cohabitar pacíficamente el impulso procesal y la investigación oficiosa del juez<sup>595</sup>.

Por consiguiente, el juez ya no puede asistir indiferente al proceso; por el contrario, debe ser un motivador de las partes, debe escudriñar en el proceso la verdad, aunque durante el desarrollo del litigio los contrincantes hayan perdido el interés en ella, no la conozcan o no quieran descubrirla, le corresponde al fallador ir más allá, indagar, analizar y aplicar toda herramienta jurídico-procesal que esté a su alcance para adelantar su trabajo conforme al mandato legal: llegar a la verdad de los hechos, con lo cual solo se demuestra que existe una verdadera ampliación de los poderes del juez.

Mirándolo desde esta perspectiva, no en vano afirmaba Calamandrei a través de una metáfora, que “nadie obliga al particular a subirse sobre la nave de la justicia, y si el mismo decide embarcarse en ella, a él solo le corresponde fijar el inicio y la meta del viaje; pero una vez emprendida la navegación, el timón debe confiársele exclusivamente al juez, quien tiene durante el viaje la responsabilidad de la derrota”<sup>596</sup>.

Queda claro, entonces, que en la conducción del “*iter procesal*”<sup>597</sup>, el legislador no quiso dejar incertidumbres, declarando que en los procedimientos del trabajo y la seguridad social, el impulso procesal de oficio es indispensable para el desarrollo del litigio como tal.

Ahora bien, el juez laboral ha sido investido de características tales que, sin ningún tipo de miramientos puede llamársele juez director del proceso laboral, pues el Estado aquí inviste al juzgador de facultades para que impulse el procedimiento hasta su culminación, inclusive, sin que medie el interés que inicialmente mostraron las partes. Esto no admite ninguna duda: “el impulso

<sup>595</sup> DE LA OLIVA. A. y PALOMO. D. El proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial jurídica. Santiago de Chile. Año 2007. p 179. Ver al respecto, en BOARDI. A. Los poderes del juez civil. Editorial Unión. Año 2007. p. 203. En PALAVENCINO. Cáceres Claudio. Artículo. El retorno del inquisidor. Potestades judiciales en materia probatorias en el procedimiento laboral chileno. Ponencia presentada en el VI Congreso nacional garantista en la ciudad de Azul, provincia de Buenos Aires Argentina, por la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires Argentina en el año 2008.

<sup>596</sup> CALAMANDREI. Citado por, ETXEBERRÍA. J. Ob. Cit. p. 31.

<sup>597</sup> CALAMANDREI. Citado por, ETXEBERRÍA. J. Ob. Cit. p. 37.

de oficio implica que, una vez instada la jurisdicción con la presentación de la demanda, el juez, puede y debe realizar por sí todos los actos necesarios para el normal desarrollo del proceso”<sup>598</sup>. No obstante, para el juzgador laboral, se trata de un deber que le corresponde desempeñar dentro del proceso, no es una mera atribución en ejercicio de su cargo, tanto así que al asignársele por ejemplo, la facultad de ordenar y practicar pruebas oficiosamente, para llegar a la verdad real, fin último del proceso, se le está imponiendo una carga procesal (artículo 45 C. p. T y S. S.). Asimismo, el artículo 48 del C. p. T y S. S. prescribe que, el “juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento”, es decir, deberá tomar las medidas necesarias para evitar nulidades, por ejemplo. En consecuencia, el juez se asemeja, ante esta perspectiva, más a un actor del proceso que al tradicional convidado de piedra que está detrás del estrado esperando que las partes hagan sus aportaciones procesales al proceso, para luego decidir; ya “no es un espectador del proceso, sino que es un actor más del mismo”<sup>599</sup>.

Así las cosas, los poderes atribuidos al juez, en lo relativo al desarrollo del proceso, propios de la dirección formal del sumario permiten en realidad el impulso de las diversas etapas del proceso, ejercer vigilancia sobre las audiencias y ejercer garantías legales sobre el proceso mismo. Con ello no se estaría violentando la tutela jurídica efectiva, los derechos fundamentales ni las garantías constitucionales; por el contrario, el fallador se constituye en un veedor del cumplimiento de derechos constitucionales, cuando del impulso procesal del litigio se trata; por ejemplo, son de su responsabilidad la celeridad del proceso, la necesidad de establecer un contacto directo con la prueba, evitar las dilaciones ejerciendo un debido control sobre en desarrollo de las audiencias, entre otros aspectos.

### 11.3 LA PRUEBA DE OFICIO, FACULTAD DEL JUEZ LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los poderes del juez, en correspondencia con la prueba, implican “establecer las relaciones entre las partes y el juez, para instruir la causa”<sup>600</sup>; es por ello

<sup>598</sup> CALAMANDREI. Piero. “Estudios sobre el proceso civil” traducción de Santiago Sentis Melendo, EBA, Bs. As. Año 1945, p. 343 y ss. Ob. Citada en Mario Claudio PERRACHIONE: “Estudio comparativo de instituciones procesales civiles y laborales en función del principio dispositivo, dentro de la teoría general del proceso. Necesidad de legislar un Código Procesal Unitario para regular cuestiones indisponibles” consulta efectuada en Internet en la pına virtual de la Academia de Derecho (<http://www.academiadederecho.org>.) de fecha 10/03/2010. p. 783. Al respecto se pueden consultar entre otros; VALLEJO. Cabrera Fabián. Derecho procesal del trabajo, Editorial Librería Jurídica Sánchez. Año 2002. p. 61. En, GOMEZ. José. Sistema dispositivo y prueba de oficio. Bogotá; Gustavo Ibáñez. 1994. p 42.

<sup>599</sup> ANGULO, Jorge. La carga de la prueba en el proceso del trabajo en Perú. En Anuales del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y Seguridad Social. Editorial Editores Unidos Ltda., 1992. p. 463.

<sup>600</sup> RAMÍREZ, Diana. Ob. Cit. p 179.

que una vez iniciada la demanda por el interesado, el proceso continúa aun sin ser instado por las partes, pues su voluntad la integra el Estado mediante la acción del juez, que impulsa de oficio la causa; y no solo eso, sino que lo hace con el objeto de averiguar la verdad real; para ello ordena medidas de pruebas que son aptas para ese fin, sin necesidad del requerimiento de parte en tanto no quiebre la igualdad<sup>601</sup>.

La mayoría del los procedimientos laborales en los países de Latinoamérica, consideran como una consecuencia lógica del impulso procesal de oficio la facultad de proponer y llevar a cabo medidas probatorias tendentes al esclarecimiento de la verdad. Ante este panorama, resulta lógico que el impulso oficioso del proceso esté acompañado de la facultad probatoria en cabeza del juez, debido a que en virtud a ser un sujeto activo dentro del litigio, esta es una forma de desarrollar su rol dentro del mismo. “La dirección material del proceso corresponde a los poderes de instrucción para ordenar la prueba que pueda ser requerida para la decisión. Contempla el deber-poder de investigar también de oficio los hechos relevantes”<sup>602</sup>.

A hora bien, es lógico llegar a preguntarse: ¿qué ocurre con la imparcialidad del juez, si se comporta como sujeto activo del proceso, ejerciendo la facultad probatoria de oficio?

El proceso<sup>603</sup> “como método de discusión, como lo plantea el profesor Alvarado Velloso, (*en el proceso laboral*), supone un debate dialéctico y civilizado, entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial, independiente e imparcial”<sup>604</sup>. Sería irresponsable afirmar que el juez abandona la imparcialidad para convertirse en parte interesada dentro del proceso, cuando asume la posibilidad de ordenar y practicar prueba de oficio; “*judex debet judicare secundum allegata et pronata a partibus*”. Este aforismo, que tradicionalmente designa la prohibición que existe de ejercer la iniciativa probatoria por parte del juez; y por lo tanto, éste no puede ir más allá de las alegaciones de los actores; por lo tanto se entiende como una prohibición para el juez de practicar

---

<sup>601</sup> SOMARÉ. José I. y otro. Comentario a la ley procesal y del trabajo. Editorial Advocatus. Córdoba. 1998. p. 198.

<sup>602</sup> RAMIREZ. Diana. Ob. Cít. p 180. Afirma la autora “puede el juez tener especiales deberes de informar, aconsejar, y asistir a las partes para inducirlos a cooperar con el acercamiento de la verdad real de los hechos controvertidos. Los poderes materiales del juez no son absolutos. El equilibrio se adquiere a través del respeto de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales.

<sup>603</sup> BENABENTOS. Omar. Esbozos de la teoría general unitaria del derecho procesal. Teoría Unitaria del proceso. Editorial Ediciones Iuris – Rosario, Argentina. 2001. P 167. Afirma por su parte el autor, citando al doctor Alvarado Velloso que el Proceso es “el método de debate dialectico y pacifico entre dos personas actuando en pie d perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa”. “El proceso es un método, no una meta”.

<sup>604</sup> BENABENTOS. Omar. *Ibíd.* p. 44.

la prueba de oficio<sup>605</sup>. En principio, y por una conducta producto de la lógica, le corresponde a las partes el deber de probar su dicho dentro del proceso; de lo contrario, el sustento en que fundan sus pretensiones carecerá de fundamento y luego, entonces, el enjuiciador deberá desestimarlas o fallar en su contra.

El procedimiento laboral se asemeja al procedimiento penal, en aquello de la prevalencia del orden público y el interés en el bien jurídico tutelable; debido a ello busca justificar el hecho de conceder al juez vastas facultades para indagar sobre la verdad real, hasta llegar a descubrirla completamente. Alcanzado este punto, es imprescindible aclarar lo siguiente: para que el procedimiento laboral pueda llegar a una plena congruencia con el principio del *debido proceso* debe mantener los justos criterios de igualdad real de las partes y la imparcialidad del sentenciador; todo procedimiento debe, en un Estado social de derecho, observar el debido proceso; para ello, debe mantener su norte sobre lo que Beatriz Quintero denomina la *tríada procesal*, donde el demandante y el demandado se hallan en un mismo plano de igualdad jurídica, y el “fallador”<sup>606</sup>, un tercero imparcial e imparcial, analizando el litigio, lleno de conocimiento y dispuesto a emplear todos los instrumentos jurídicos necesarios para esclarecer la verdad real, a partir de las pruebas confirmantes que las partes en ejercicio de su legítimo derecho arriman al proceso.

Un juez director del proceso hace uso efectivo de la función pública y por ello se esmera en descubrir la verdad real y a través de ello solucionar el litigio, cuyo fin último es administrar una pronta y efectiva justicia; es decir, un verdadero “juez garante de los derechos en discusión por los interesados debe estar dotado de la iniciativa necesaria para la máxima eficacia en el ejercicio de su función”<sup>607</sup> pública<sup>608</sup>. La importancia de esto en el derecho laboral y de la seguridad social está de la mano con el interés público en que el mismo se asienta; no se debe justificar que abusemos y perturbemos la trilogía propia que debiera tener todo proceso y por supuesto, el proceso laboral<sup>609</sup>.

Así las cosas, pareciera existir una pésima interpretación de lo que es en realidad un juez director del proceso, debido a que, por el hecho de ser el encargado del litigio, entonces se le asignó la tarea de buscar la verdad real, cuando

<sup>605</sup> CAPELLETTI, Mauro. Las pruebas en el proceso civil. Editorial EJEA, Bs As. Año 1972. p. 112.

<sup>606</sup> ALVARADO, Velloso Adolfo. Conferencia brindada en Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, octubre 18 de 2005. <http://www.unab.cl/fej/temp/alvarado.htm>. consultado el día 1 de abril de 2010. 10:31 am. El autor refiere “un juez neutral (ni uno ni otro) es el que no interviene de manera activa en la marcha del proceso, y no participa en la investigación de los hechos ni en la formación de los elementos de convicción.

<sup>607</sup> ALVARADO V., Adolfo. El garantismo procesal. Conferencia impartida en el primer congreso nacional garantista. Azul Argentina. 4 y 5 de Noviembre de 1999.

<sup>608</sup> Las negrillas son mías.

<sup>609</sup> CRUZ R., Martín Ob. Cít. p. 14.



las partes escapan a su obligación, y para ello, por ser el director el proceso no importa que asuma una función propia de los actores, quienes, en realidad, son los verdaderos dolientes de las pretensiones; por lo tanto, solo a ellos les corresponde a través de las pruebas ratificar su interés en el litigio. Luego, entonces, el cuadro que apreciamos a diario en el ejercicio profesional como litigantes, no es más que observar al juez laboral y de la seguridad social llenando los vacíos probatorios de las partes, ya sea por descuido o por mera negligencia, debido a que se le ha otorgado bajo una indebida interpretación del término director del proceso una función que lo coloca en un plano cuestionable al momento de evaluar su imparcialidad en el asunto que dio origen al litigio.

Lo anterior no significa que se añore al juez dictador, convidado de piedra, sentado en el estrado, y mucho menos al juez espectador, que muchas veces desconoce todo sobre el proceso; se trata de la necesidad de un director real del juicio, edificado para garantizar durante el pleito el respeto y ejercicio real de los derechos fundamentales y constitucionales de las partes, como lo son el debido proceso y la imparcialidad, entre otros.

El juzgador debe, en aras de garantizar la imparcialidad de su actuación procesal, procurar la igualdad de los actores en el litigio, y procurar siempre la garantía especial del debido proceso legal, en virtud del cual resulta irrazonable que el justiciador deba salir a buscar la verdad real, casi que sustituyéndose en aquel que debía asumir de manera responsable la carga de la prueba y por negligencia o cualquiera otra razón no lo hace. No es del juez director real del proceso remplazar al negligente, al descuidado y mucho menos a aquel que, estando consciente de su obligación, la omite porque sabe que de hacerlo el juez lo sustituirá; entonces, cuando el enjuiciador asume el papel de la parte, descuida su imparcialidad, y es obvio que no puede ni debe hacer las cosas de los actores procesales y que hacen parte de la esencia de sus calidades.

Siguiendo a Hunter, un elemento más que hace cuestionable la imparcialidad del juez se deriva el lo que atañe al debido proceso, “en una parte, en la regla sobre la incompatibilidad de funciones procesales entre instrucción y juzgamiento (imparcialidad del juzgador) y por otro en la necesaria ausencia de interés subjetivo del juez en la solución del litigio (imparcialidad del juzgador)”<sup>610</sup>. La típica representación de la facultad oficiosa del juez está en la escena en la cual, dentro de la audiencia, el juez se baja del estrado y le dice al oído a uno de los abogados de las partes: “señor litigante, usted olvidó pedir la prueba “tal” la cual es importante para resolver el asunto, pero, bueno, no se preocupe, pues yo la pediré en su lugar”. Esta es una escena dantesca, pero propia del quehacer

---

<sup>610</sup> HUNTER, I. Potestades oficiosas del juez. Un síntoma de autoritarismo. En la semana jurídica No 347. 2-8 de julio de 2007. p. 3.

cotidiano del litigante en el ejercicio profesional en el derecho laboral. Es que el juez, dirimiendo un conflicto privado de intereses, desarrolla la actividad probatoria, dado que el legislador no estableció de manera taxativa ningún límite a la actividad demostrativa del juez laboral y de la seguridad social respecto de las fuentes de la prueba que las partes están en la obligación de aportar en tiempo y en forma debida al proceso y no lo hicieron; tal actividad supletoria del juez puede genera una distorsión en la facultad de hacer uso de la carga de la prueba como tal, establecida por el mismo legislador como exclusiva de las partes debido al interés de probar los hecho que en la demanda o en su contestación se esgrimen.

## CONCLUSIONES

Para concluir, todo esto deja claro que cada vez que el juez actúa para suplir las omisiones probatorias de una de las partes en conflicto, favorece a una en perjuicio de la contraria, lo cual atenta contra la imparcialidad del juez y contra el debido proceso, y vulnera todas las garantías procesales de las partes. No es posible que se conciba viable esta actuación del juez, atendiendo la intención de proteger a la parte débil del litigio, pues si el descuido fue de la parte fuerte, el juez, de igual forma, si lo considera necesario, puede ordenar la práctica de la prueba; luego, entonces, la parte débil está en una condición aun peor; esto debido a que el legislador no especifica frente a quién, dentro del proceso, puede el juez actuar de oficio, y aunque lo especificara, el juez no puede y nunca debe descuidar su rol de imparcial, porque de hacerlo estaría obrando en contra del Estado social de derecho, bajo cuyas normas convivimos, dado que con su actuar oficioso está desconociendo el debido proceso, pilar fundamental de la Carta Política.

Por último, me permito afirmar que es indudable que un juez laboral y de la seguridad social, al ordenar medidas probatorias, viola las garantías constitucionales, dado que ello implica un verdadero “prejuzgamiento”<sup>611</sup> atacando por ende, los principios de imparcialidad e igualdad de las partes. La convicción que debe tener el juez a la hora de fallar no debe ser producto de de su propia actividad, sino que debe ser fruto de la actividad confirmatoria de las partes. Por lo tanto, no existen verdaderas garantías en el desarrollo del proceso laboral cuando el juez asume un rol que no es propio de sus funciones desde la perspectiva de la tríada procesal; en consecuencia, no se están reconociendo ni

<sup>611</sup> MONRROY. Cabra y otros. Principios generales del derecho procesal y del derecho procesal laboral. Consulta realizada por internet en la pina virtual de la academia de derecho. <http://www.academiadederecho.org>. De fecha 11 de marzo de 2010. p. 160. “prejuzgar: significa un juicio de opinión de algo antes de tener verdadero conocimiento de ello; o bien decidir las cosas antes de tiempo y sin tener cabal noción de ellas.

garantizando derechos fundamentales y constitucionales, cuando el juez hace uso de la facultad oficiosa dentro del proceso.

Indudablemente, se requiere replantear la función oficiosa del juez en lo relativo a la práctica de la prueba de oficio, debido a que en un Estado social de derecho como el nuestro existe una crisis de la justicia a partir del desconocimiento de las garantías constitucionales ofrecidas a las partes dentro del procedimiento laboral y de la seguridad social. De igual forma, no es posible desconocer que se requiere suplir el vacío procesal en el que pudieran incurrir las partes al no aportar pruebas contundentes al proceso y con ello dejar al juez en medio de la incertidumbre; pero no por ello debe violentarse la imparcialidad del fallador como argumento que justifique tal absurda acción. Se requiere entonces desarrollar otra estrategia que sea compatible con las políticas garantistas de nuestro Estado y que, sobre todo, no lesione los intereses de quienes hacen parte de la tríada procesal. Por ejemplo, asignarle un nuevo rol en el proceso laboral y de la seguridad social al Ministerio Público, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y facultarlo para asumir esa potestad probatoria de oficio que hoy tiene el juez laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Velloso Adolfo. Introducción al estudio del derecho Procesal. Primera parte. Santa Fe-Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. Introducción al estudio del derecho procesal. Segunda parte. Santa Fe-Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. Introducción al estudio del derecho procesal. Santa Fe-Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni, 1997.

\_\_\_\_\_. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, “El garantismo Procesal”. Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Consultado el 22/03/2010 a las 13:18 hs. <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm>.

\_\_\_\_\_. Conferencia brindada en Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 18 de octubre de 2005. Consultado el 1/09/2007 a las 10:31 hs. <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm>.

AGUDELO R., Martín. Filosofía del derecho procesal. Bogotá: Editorial Leyer,

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Teoría del proceso. CIUDAD: Bogotá. Editorial IB de F, Segunda edición, Año 2002.

BEDOYA DÍAZ, Hugo. La oralidad en el proceso laboral, conforme a la ley 1149 de 2007. Bogotá: Editorial LEYER, 2008.

BLANCO RIVERA, Oscar A. La ley de impulso a la oralidad en el proceso laboral colombiano. Artículo Tomado de Revista Latinoamericana de Derecho Social, No 7 de junio a diciembre de 2008.

- BENABENTOS, Omar A. Esbozos de la teoría general unitaria del derecho procesal – Teoría unitaria del proceso. Rosario-Argentina: E. Juris, 2001.
- BRAIN, Daniel Horacio. Derecho procesal del trabajo. Córdoba: Ed. Advocatus, 2008.
- CANOSA S., Ulises. Ponencia presentada en el XVIII Congreso colombiano de derecho procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: D´Vinni Editorial Ltda., 1997.
- CAPPELETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: Editorial EJE, 1972.
- COUTURE, Eduardo: “Jueces y partes en los conflictos del trabajo”. Estudios de Derecho Procesal Civil - Tomo III. Consulta efectuada en Internet en la pına virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>)
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia de 1991. Editorial Leyer, año 2008.
- DICCIONARIO DE LA REAL Academia Española. 19ª edición. Madrid: Editorial Espasa-Calpe S. A., 1970.
- DE LA RÚA, Fernando: La oralidad en el proceso. Revista del Colegio de Abogados de La Plata Nº 60. Consulta efectuada en Internet en la pına virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>)
- DOMÍNGUEZ Federico Guillermo José: “Principio de congruencia y proceso penal”. Azul 1999. I Congreso Procesal Garantista. Consulta efectuada en Internet en la pına virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>)
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel S. A., 1986.
- GAMBOA J., Jorge. Código de procedimiento laboral anotado. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.
- GONZÁLEZ C., Manuel A. El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica. Córdoba: Ed. Lerner, 2004.
- FANJUL, Aurelio José: (Pla Rodríguez Américo) “El juicio oral en materia laboral” Juicio Oral. Consulta efectuada en Internet en la pına virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>)
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. La oralidad laboral. Medellín: Editorial, Librería Jurídica Sánchez, 2008.
- \_\_\_\_\_. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, parte general. Tomo I. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2001.
- LOPEZ Diego, Nuevas tendencias en la dirección judicial
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando. La construcción del mundo jurídico multidimensional. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba: Ed. Advocatus, 2003.

- MEMBREÑO, Carlos A. Los medios de prueba mas frecuentes en el proceso laboral. Segundo Congreso Panameño de Derecho Procesal. Panamá 2005. Consulta efectuada en Internet en la pina virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>.)
- MEROI, Andrea. La congruencia y la valoración de la prueba. Ponencia presentada en Azul 1999. I Congreso Procesal Garantista en 1999. Consulta efectuada en Internet en la pina virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>).
- MONROY CABRA, Marco Gerardo; BORDA VILLEGAS, Enrique y VARGAS FORERO, Ernesto. Principios generales del derecho procesal y derecho procesal laboral”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N°21-22 (1997), Volumen II. Consulta efectuada en Internet en la pina virtual de la Academia de derecho (<http://www.academiadederecho.org>.)
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio, una perspectiva para el proceso dialógico civil. Primera edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Año 2009.
- RODRÍGUEZ CAMARGO, Gregorio. Curso de derecho procesal laboral; octava edición, Ediciones Librería del Profesional, año 1994.
- SILVA GARCÍA, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia. Tomo III Editorial Universidad Externado de Colombia. Año 2001.
- TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Ponencia presentada en la Convención nacional de asociación italiana de estudios del proceso civil. Llevada a cabo en Cagliari, 7 y 8 de octubre de 2005.
- TOSTO, Gabriel y otros. Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo. Tercera edición. Córdoba: Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2007.
- VALLEJO CABRERA, Fabián. Derecho procesal del trabajo. Segunda edición. Medellín: Editorial Librería jurídica Sánchez, 2003.

CAPÍTULO 12

**La conciliación extrajudicial frente  
al derecho de acceso a la administración  
de justicia\***

*Alfonso Hernández Tous\*\**

## INTRODUCCIÓN

Este artículo es un resultado parcial de la investigación “*Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en la calidad de la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado*”, tesis de Maestría en Derecho cursada durante los años 2007, 2008 y 2009 en la Universidad del Norte de Barranquilla, que desarrolló cuatro ejes temáticos conexos: el primero describe las características que debe reunir una adecuada prestación del servicio de conciliación; el segundo concreta la relación o conexión existente entre la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, con la conciliación extrajudicial en derecho privado; el tercero señala algunas formas de aplicación de esa teoría general a la conciliación extrajudicial en derecho privado, y finalmente se determinan algunas consecuencias derivadas de una inexistente o inadecuada aplicación de esa teoría general a la figura conciliatoria, por parte de los conciliadores, frente a la calidad en la prestación del servicio.

---

\* Discusión que aporta al desarrollo de la Línea de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena en convenio con la Universidad de Medellín.

\*\* Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial, Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación, Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena. Candidato a magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente en Derecho Privado y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de la Universidades de Cartagena, Libre y Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Docente Investigador del Grupo Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos de prevención, administración y solución de conflictos de la Universidad de Cartagena registrado en COLCIENCIAS. Abogado en ejercicio en el campo del derecho privado. alherto@yahoo.es

Dentro de las formas de aplicación de la teoría general del negocio jurídico a la figura conciliatoria, se dedica un aparte especial al análisis de la materia conciliable y, más concretamente, al momento en que es posible determinarla por parte del conciliador y las partes.

Una mirada a la ley, la doctrina y la jurisprudencia nos permite concluir que la materia conciliable debe examinarse y determinarse desde el inicio del proceso conciliatorio, lo que permitiría al conciliador negar a las partes en conflicto la posibilidad de que se encuentren, dialoguen y aborden la solución de sus diferencias, pues simplemente deberá expedir una constancia sin celebrar audiencia alguna en ese sentido.

Luego de examinar el tema, desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, hemos concluido que la materia conciliable sólo puede determinarse conociendo el acuerdo al que han llegado las partes, luego de su encuentro y diálogo, y no antes.

Ello nos ha permitido considerar que tales normas son inconstitucionales, por cuanto violan el derecho de acceso a la Administración de Justicia y otras normas constitucionales igualmente importantes, configurantes del soporte de la conciliación extrajudicial en derecho. Igualmente, propondremos a los conciliadores que adelanten un proceso conciliatorio con todas sus etapas, que sea más garantista para las partes y logre cumplir la finalidad y filosofía que orienta la figura.

## 12.1 DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tiene consagración constitucional expresada en el artículo 229 que textualmente dice “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado”. Se trata de un derecho calificado como fundamental y que hace parte del núcleo esencial del debido proceso<sup>612</sup>, por cuanto su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, ya que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales señaladas por el legislador, sin que se garantice adecuadamente este acceso<sup>613</sup>.

A este derecho se le han atribuido varios significados o alcances<sup>614</sup>: disponer de procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos

<sup>612</sup> Sentencia C-1195 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>613</sup> Ver entre otras las sentencias C-059 de 1993 M. p. Alejandro Martínez Caballero ; C-544 de 1993 M. p. Antonio Barrera Carbonell ; T-538 de 1994 M. p. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C-037 de 1996 M. p. Vladimiro Naranjo Meza ; T-268 de 1996 M. p. Antonio Barrera Carbonell ; C-215 de 1999 M.p. Martha Victoria SÁCHICA; C-163 de 1999 M. p. Alejandro Martínez Caballero ; SU-091 de 2000 M. p. Álvaro Tafur Galvis y C-330 de 2000 M. p. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>614</sup> Sentencia C-1195 de 2001, Corte Constitucional, MM. Pp. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco

y obligaciones; obtener la resolución de controversias sin dilaciones injustificadas y con la aplicación del debido proceso; tener a disposición del ciudadano un conjunto amplio de mecanismos para reclamar los derechos como la acción de tutela, acción de cumplimiento, de grupo y demás consagradas por la Constitución y la ley; disponer de autoridades administrativas de manera excepcional como administradores de justicia, y finalmente disponer del concurso de los particulares para administrar justicia de manera transitoria, tal como con claridad lo ha señalado el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Nacional<sup>615</sup>.

El derecho a acceder a la Administración de Justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que, además, requiere que éstos sean idóneos y eficaces, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos<sup>616</sup> en los siguientes términos:

... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial<sup>617</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia mencionada reconoce claramente que la “justicia estatal formal” no siempre es efectiva, especialmente cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos. Por ello, el derecho de acceso a la Administración de Justicia, comporta no sólo la posibilidad de que las personas soliciten la protección de sus derechos ante los jueces, sino que también puedan resolver sus diferencias a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

---

Gerardo Monroy Cabra

<sup>615</sup> Artículo 116 Constitución Política de Colombia. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

<sup>616</sup> Op. Cit. Sentencia C-1195 de 2001. p. 22.

<sup>617</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.). Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.



## 12.2 LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En la sentencia en cuestión, la Corte Constitucional destacó el interés del Estado por brindar a la comunidad el acceso a la justicia y en ese sentido señaló:

La preocupación por garantizar el acceso a la justicia a todas las personas no ha estado ausente de los procesos de reforma judicial. Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial, se encuentran los mecanismos en la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal para la resolución de conflictos...

Dentro de tales medidas resalta la implementación de mecanismos complementarios al proceso judicial, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, los cuales han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas, calificado por los doctrinantes, entre ellos, el procesalista Italiano, Mauro Cappelletti como “olas de acceso a la justicia”<sup>618</sup>.

Encontramos básicamente tres olas sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia: la primera, referida a la provisión de servicios jurídicos para pobres, como asesoría legal, defensores de oficio y amparo de pobreza; la segunda consiste en la creación de figuras tales como acciones populares y de grupo, para la protección de intereses colectivos y difusos; la tercera, orientada a garantizar dicho derecho a través de la justicia formal eficiente y de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

La implantación de estos mecanismos en nuestro sistema jurídico coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: facilitar al acceso a la justicia, proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos, mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de ellos, y finalmente, aliviar la congestión, lentitud y costos de la justicia estatal formal.

Por esa razón nuestra Corte Constitucional destacó como uno de los fines de la conciliación extrajudicial garantizar el derecho de acceso a la justicia, junto con otros, no menos importantes, como promover la participación ciudadana en la resolución de los conflictos, estimular la convivencia pacífica, facilitar la resolución de controversias sin dilaciones, y descongestionar los despachos judiciales.

En efecto, la conciliación extrajudicial en derecho es un mecanismo de acceso a la Administración de Justicia, no sólo por lo que expresamos al hablar de las “olas de reformas sobre acceso a la justicia”, sino porque así lo expresa claramente el artículo 116, inciso 4, de la Constitución Política. En este sentido, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un

---

<sup>618</sup> Sentencia citada.

conflicto, a menores costos que la justicia formal, lo cual se obtiene si resultare un acuerdo; pero aún en el caso de no lograrse, permite reducir los asuntos objeto de controversia a los que resulten relevantes y no a los secundarios, caso en el cual el proceso judicial será menos oneroso en tiempo y recursos.

La conciliación extrajudicial promueve la participación de las personas en la solución de sus controversias, y resulta compatible con lo señalado en el artículo 2 de la Constitución Nacional que fija como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; por tanto, este mecanismo constituye una trascendental vía para propiciar la búsqueda de soluciones consensuales, y para promover la participación de las personas en el manejo de sus propios problemas.

De igual manera, contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado, conforme lo señala el artículo 2 de la Carta Magna, por cuanto son las partes, con el apoyo del conciliador, las que buscan fórmulas de acuerdo para la resolución de sus problemas, estimulando el diálogo, reduciendo la cultura adversarial, y eliminando la agudización del conflicto.

Igualmente, favorece la realización del debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Nacional, en la medida en que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución de los conflictos, por cuanto recibe una pronta y cumplida justicia desarrollando el mandato constitucional.

Por último, resaltamos como fin la efectividad de la prestación del servicio público de Administración de Justicia, contribuyendo a la descongestión de los despachos judiciales, dado que la audiencia conciliatoria ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que conduce a reducir la cultura litigiosa, aun en el evento de que no logren acuerdos.

Luego de estas consideraciones, concluye la Corte Constitucional diciendo que la conciliación extrajudicial en derecho cumple fines imperiosos y legítimos desde el punto de vista constitucional, algunos de los cuales son fines esenciales del Estado expresamente consagrados en la Carta.

La doctrina nacional también se ha referido al tema de los fines de la conciliación. Así tenemos que, Melba Arias Londoño<sup>619</sup> señala, entre las metas de la conciliación:

... Implementar una cultura de paz y de sana convivencia, impedir que el conflicto destruya la familia y mine la sociedad, reconstruir el tejido social con relaciones de respeto, mediante el desarrollo de habilidades creativas que encuentren soluciones pacíficas a las controversias.

<sup>619</sup> ARIAS LONDOÑO, Melba. La Conciliación en Derecho de Familia, Bogotá. Legis, 2003, pinas 56 y 57.

Entre los objetivos generales de la figura, la autora Arias señala la generación de procesos que modifiquen los elementos culturales, en donde subyacen las conductas belicosas y violentas, por otros que arraiguen el diálogo, la concertación y la tolerancia, para crear nuevos espacios en donde las relaciones interpersonales sean claras, directas y pacíficas. Finalmente, plantea como objetivos de la conciliación extrajudicial la prevención de los conflictos en el desarrollo de las actividades propias del diario quehacer, además de el desarrollo de habilidades conciliatorias, creativas, comunicativas, para que las personas solucionen sus propias desavenencias de manera ordenada, serena y sistemática, dispuestas a reconstruir los lazos que las unían, descongestionando así los despachos judiciales, para revivir la eficacia de la Administración de Justicia, y la confianza en el Estado

Héctor Romero Díaz<sup>620</sup>, a su turno, señala que la conciliación extrajudicial, antes que disminuir el número de procesos judiciales, “... ha de buscar la educación de los asociados dirigida al cambio de la mentalidad litigiosa por la del diálogo, el acercamiento y el acuerdo...”. José Roberto Junco Vargas<sup>621</sup> expresa que

... la conciliación no debe mirarse simplemente como un mecanismo más de descongestión judicial, sino como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que adopta un buen Estado social de derecho, donde la voluntad de las partes juega un papel protagónico, como muestra de civilidad y armonía social en cada caso particular, de tal forma que la conciliación sea una opción más que tiene el ciudadano para la solución de su conflicto.

Creemos que la razón por la cual se implantó, como hoy se concibe, la conciliación extrajudicial en derecho fue, básicamente, por el apremio de descongestión de la Administración de Justicia, pero con las diferentes reformas que se han generado a partir de la ley 23 de 1991, hoy no existe duda de que responde a motivaciones más amplias como las que ha expresado anteriormente nuestra Corte Constitucional y los doctrinantes citados, las cuales compartimos totalmente.

### **12.3 EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO**

Hasta el momento, hemos analizado de una manera puntual, en primer lugar, el derecho de acceso a la Administración de Justicia, en general, y en segundo término, hemos concluido que la conciliación extrajudicial en derecho es uno de los mecanismos de acceso a la misma.

---

<sup>620</sup> ROMERO DIAZ, Héctor. La Conciliación judicial y extrajudicial, su aplicación en el derecho colombiano, Bogotá, Legis, 2006, pina 10.

<sup>621</sup> JUNCO VARGAS, José Roberto. La Conciliación. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá. Temis y Jurídica Radar, 2002, pina 62 y ss.

Ahora nos proponemos determinar las condiciones bajo las cuales se puede considerar que el ciudadano, utilizando la figura conciliatoria extrajudicial en derecho, goza efectivamente del derecho de acceso a la administración de justicia, para lo cual haremos unas anotaciones precisas sobre el concepto de conciliación extrajudicial y su trámite.

La conciliación ha sido definida en la ley 446 de 1998 como: “Mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”<sup>622</sup>.

Durante el trámite conciliatorio, tal como lo indica esta definición, las partes gestionan la solución de sus diferencias y el conciliador “ayuda” a la solución de las mismas. Dentro de las probabilidades de resultados de esa gestión está que ellas logren o no un acuerdo. En caso de lograrse, es más probable que el conflicto finalice, por cuanto se trata de una solución compartida, avalada por el conciliador y no impuesta por un tercero. De dicha definición puede colegirse que la gestión que hacen las partes de sus diferencias, implica un encuentro, un diálogo ordenado y constructivo, que sólo puede lograrse a partir de las denominadas audiencias.

La filosofía misma de la figura conciliatoria, tal como lo ha puesto de presente el examen juicioso que ha hecho la Corte Constitucional, implica que el mecanismo sea un escenario de encuentro y de diálogo encaminado a que las partes en conflicto resuelvan sus diferencias; sólo de esta manera se cumple el cometido de la figura.

Sobre la conveniencia y las ventajas que se suscitan del encuentro de las partes, resulta importante transcribir el siguiente texto de la Corte Constitucional<sup>623</sup>:

... La conciliación prejudicial obligatoria resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para promover la convivencia pacífica. La audiencia de conciliación constituye un espacio para el diálogo, que permite limar asperezas, ampliar la concepción que las partes tienen respecto del conflicto, entender el origen del conflicto, reconocer al otro como interlocutor válido e identificar posibles alternativas de solución. Este espacio posibilita la superación gradual de la cultura del litigio y crea oportunidades para establecer relaciones duraderas entre las partes después de acordada una solución al conflicto.

Por ello, no es aceptable cualquier regla que vaya en contravía de ese postulado básico propio y esencial de la figura, que constituye la filosofía misma de

<sup>622</sup> Artículo 64 de la ley 446 de 1998.

<sup>623</sup> Sentencia citada C-1195 de 2001.

ella, consistente en que la conciliación es un escenario de encuentro y diálogo respetuoso entre las partes en conflicto.

Lo anterior puede llevar a la conclusión de que las personas en conflicto gozan efectivamente del derecho fundamental de acceso a la justicia, utilizando la vía conciliatoria extrajudicial, sólo cuando logran ser atendidos desarrollando todo el proceso, que va desde la solicitud de conciliación hasta las audiencias de encuentro y diálogo entre ellas. Si ello no se cumple, ese derecho queda en la teoría y no es efectivo o real.

#### 12.4 EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES LEGALES AL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de normas que ponen límites al derecho de acceso a la Administración de Justicia, ha expresado que éste no es un derecho absoluto y que el Congreso de la República, en uso de su potestad legislativa, puede limitar su ejercicio. Así, en la sentencia C-652 de 1997, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

(...) El derecho de acceso a la Administración de Justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”<sup>624</sup>. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia. (...) en virtud de la cláusula general de competencia (art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para fijar los procedimientos judiciales y, en particular, los términos que conducen a su realización, siempre y cuando los mismos sean razonables y estén dirigidos a garantizar el derecho sustancial<sup>625</sup>.

De allí que sea posible, sin atentar contra el texto constitucional, que el legislador señale requisitos para ejercitar acciones judiciales, como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa, condicionar dicho acceso a la intervención mediante abogado, y la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica, como en el caso de la demanda, entre otros.

---

<sup>624</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 351/94, MP: Hernando Herrera Vergara.

<sup>625</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-652/97, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. En este fallo la Corte encontró conforme a la Carta el establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de determinados recursos procesales en casos de violencia intrafamiliar, vencidos los cuales ya no era posible interponerlos pues “Existe un interés general por parte del Estado y de la sociedad para que los procesos judiciales se surtan en forma oportuna y diligente”.

Luego de este análisis, la pregunta que surge es: ¿Hasta qué punto el legislador puede señalar límites al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia sin violar la Constitución Nacional?

En principio, la Corte Constitucional ha dicho que un razonable diseño normativo que promueva la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal, ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella, para lo cual pregona la armonización de los principios constitucionales contenidos en los artículos 116 y 229 de la Carta. Concluye la Corte que los mecanismos alternativos de solución de conflictos deben ser un complemento del aparato judicial<sup>626</sup>.

Superado este obstáculo, debe determinarse, entonces, qué limitaciones a este derecho son constitucionalmente razonables, y cuáles no, y por lo tanto, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

En materia de conciliación extrajudicial en derecho, existe el antecedente del requisito de procedibilidad, que constituye una limitante impuesta por el legislador a las personas para acceder a la Administración de Justicia formal del Estado. Su no agotamiento, cuando la ley lo exige implica cerrar las puertas del aparato judicial, hasta el extremo que si se pretende acceder a éste, presentando la demanda de manera directa, el juez cierra el acceso con un acto de rechazo de plano de la misma.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1195 de 2001, concluyó que el diseño legislativo de la conciliación extrajudicial, tal como fue regulada en la ley 640 de 2001, persigue finalidades legítimas e importantes desde el punto de vista constitucional y, por tanto, declaró exequibles las normas sobre requisito de procedibilidad, estimando que antes que un obstáculo al derecho de acceso a la Administración de Justicia para el ciudadano es un claro mecanismo de acceso.

## **12.5 ¿LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA MATERIA CONCILIABLE ANTES DE LA AUDIENCIA ES VIOLATORIA AL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?**

Los planteamientos anteriores obligan a preguntarnos si las normas que señalan el momento en el cual se debe definir la materia conciliable se ajustan a la Constitución Política o, por el contrario, violan el derecho de acceso a la Administración de Justicia. Dicha reflexión comprende el análisis del momento propicio para determinar la materia conciliable, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacional y la presentación de algunas conclusiones al respecto.

<sup>626</sup> Sentencia C-1195 de 2001 MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

### 12.5.1. *Momento para determinar la materia conciliable*

La legislación, la doctrina y la jurisprudencia han partido del presupuesto indiscutible de que la materia conciliable la debe determinar el conciliador apriorísticamente, es decir, de manera previa a la realización de la audiencia que permite el encuentro de las partes en conflicto; más aún, estima el legislador que apenas el conciliador conozca la solicitud de conciliación puede determinar si el asunto es conciliable; en caso de no serlo, estaría imposibilitado para citar a las partes a audiencia de encuentro.

Los siguientes artículos de la ley 640 de 2001 son objeto de análisis de este cuestionamiento:

Artículo: “El conciliador expedirá constancia al interesado (...), en cualquiera de los siguientes eventos: (3) Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley”. Artículo 20: “Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible (...)”. Artículo 38: “Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil (...)”.

Del contenido de estas normas podemos concluir, en primer lugar, que conforme el artículo 2 no es necesario celebrar, ni siquiera convocar, la audiencia de conciliación, cuando el asunto no es conciliable. Ello quiere decir que la determinación de si lo es debe hacerse antes de la audiencia, dando la posibilidad al conciliador de expedir constancia a las partes de que el asunto no es conciliable, dentro de los diez días siguientes a la solicitud. En segundo término, los artículos 20 y 38 condicionan la realización de la audiencia a la existencia de la materia conciliable, lo que implica realizar esa valoración antes.

Algunos doctrinantes se han limitado a describir el contenido de las normas en mención. Según Gil Echeverry, la materia conciliable se determina antes de la audiencia de conciliación, y si el conciliador llegare a la conclusión de que el asunto sometido a su consideración no lo es, deberá abstenerse de citar a las partes a audiencia y expedir la constancia pertinente<sup>627</sup>.

José Ignacio Castaño García señala que el conciliador, al hacer el examen preliminar determina si el asunto es conciliable o no, y en este último caso deberá expedir la constancia y devolver los documentos al interesado<sup>628</sup>. Planteamiento similar encontramos en José Roberto Junco Vargas, quien estima que

---

<sup>627</sup> GIL ECHEVERRI, Jorge. La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, Bogotá, editorial Temis, 2003, pp. 153- 154

<sup>628</sup> CASTAÑO GARCÍA, José Ignacio. Tratado sobre conciliación, Bogotá, Leyer, 2004, p- 180

la determinación de la materia conciliable es un asunto previo a la admisión de una petición de conciliación, y que esa valoración le corresponde al conciliador como abogado que es, para dar viabilidad al trámite<sup>629</sup>.

En el mismo sentido, el profesor Franklin García Rodríguez menciona la existencia de conciliaciones imposibles porque no admiten negociación, caso en el cual al conciliador no le queda otra alternativa que expedir las constancias, en el sentido de abstenerse de citar a audiencia, por cuanto el asunto no es conciliable<sup>630</sup>.

Dicho planteamiento ha sido compartido por nosotros en anteriores trabajos académicos, valorando la conducta del conciliador por representar ahorro de tiempo, debido a que evita citar a audiencia a sabiendas de que el tema no es conciliable<sup>631</sup>.

La jurisprudencia, y particularmente la Corte Constitucional por vía de análisis de constitucionalidad, es del mismo criterio, al considerar que:

La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer<sup>632</sup>.

Ante la claridad de la ley que regula el momento en que se determina la materia conciliable, la doctrina nacional que hemos revisado sobre el tema, el estudio de la jurisprudencia constitucional y la revisión de nuestra anterior postura, encontramos que no discute en modo alguno el momento en que debe hacerse la valoración del asunto a conciliar, hasta el extremo que se circunscribe a describir los supuestos fácticos de las normas en comento, sin ningún tipo de reflexión crítica.

### 12.5.2. *Nuestra posición respecto al momento propicio para determinar la materia conciliable*

Después del análisis doctrinal, jurisprudencial y legal, realizaremos una lectura del tema, desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico, teniendo

<sup>629</sup> JUNCO VARGAS, José Roberto. La Conciliación-aspectos sustanciales procesales. Bogotá. Temis, 4a edición, 2002, p. 320.

<sup>630</sup> GARCÍA RODRIGUEZ, Franklin. La Conciliación Civil y Comercial. Bogotá. Ibáñez, 2009, pinas 97 y 98

<sup>631</sup> Hernández Tous, Alfonso. La Conciliación Extrajudicial en Derecho como requisito de procedibilidad, Bogotá, Leyer, 2005, p. 43.

<sup>632</sup> Sentencia C-893 de 2001, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández



en cuenta que existe un punto de contacto entre la conciliación extrajudicial y dicha teoría: el “acuerdo conciliatorio”. Nuestro supuesto teórico consiste en que la materia conciliable debe determinarse en el momento en que el conciliador evalúa el contenido del acuerdo al que llegaron las partes, pues solo conociéndolo es que puede determinarse si el asunto es conciliable, y no antes al inicio del trámite conciliatorio, como lo sugieren la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

El acuerdo conciliatorio, como fruto del esfuerzo de las partes y el conciliador, es un clásico negocio jurídico, en cuanto implica manifestación de voluntad de las partes en conflicto directa y reflexivamente encaminada a la producción de efectos jurídicos que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, tengan o no un carácter patrimonial.<sup>633</sup>

La regulación sobre los asuntos conciliables tiene como finalidad que las personas en conflicto, al llegar a acuerdos, no violen el orden público o las buenas costumbres, límites al postulado de la autonomía privada, por tanto, esa violación sólo se palpa al conocerse el contenido del acuerdo y no antes. Son muchos los ejemplos que podríamos citar para demostrar esta hipótesis, al respecto presentaremos dos: acuerdos conciliatorios sobre alimentos y acuerdos conciliatorios sobre arrendamiento de locales comerciales.

Frente a la pregunta: ¿será conciliable un conflicto relacionado con alimentos? la respuesta casi mecánica será afirmativa, entre otras razones, porque la ley 640 de 2001 ha exigido el agotamiento del trámite conciliatorio como requisito de procedibilidad para este evento. En el trámite de un proceso conciliatorio puede lograrse un acuerdo sobre el valor de la cuota alimentaria y su forma de pago y, además, convenirse por las partes, una compensación de alimentos futuros por concepto de una deuda que el reclamante de alimentos tenía en ese momento con el obligado a suministrarlos, pacto que está prohibido expresamente por la ley<sup>634</sup>. En dichos casos los conciliadores no podrán avalar dicho acuerdo por violar normas de orden público, no modificables por la voluntad de las partes, pero tal valoración solo la pueden hacer al conocer dicho pacto y no antes.

En el supuesto de un conflicto suscitado entre dos personas vinculadas por un contrato de arrendamiento de local comercial, logran un acuerdo conciliatorio cuyo objeto es la continuación en la ejecución del contrato, bajo unas condiciones determinadas, incluyendo la renuncia del arrendatario al derecho a la renovación del contrato, aún teniendo dos o más años de ocupación del local a título de arrendatario con un mismo establecimiento de comercio. Encontramos que no será posible por los conciliadores avalar dicho acuerdo, por cuanto el derecho a

---

<sup>633</sup> Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, 6a ed, 2000, p. 17.

<sup>634</sup> Artículos 2474 en concordancia con el 425 del Código Civil.

la renovación del contrato, bajo estos supuestos, es irrenunciable por expresa disposición legal imperativa.<sup>635</sup>

Lo anterior nos lleva a concluir que el legislador lo que no quiere es que las partes, en ejercicio de la autonomía privada, arriben a un acuerdo violatorio de la Constitución, la ley, y en general, del orden público o las buenas costumbres, intencionalidad que se advierte en la declaración de voluntad expresada en el acuerdo, es decir, al conocer el contenido de las prestaciones que lo configuran y no antes.

Los conciliadores, invocando dichas normas, podrían cerrar desde el inicio del trámite, y, de manera definitiva, las puertas a la posibilidad de un diálogo tendente a resolver el conflicto expidiendo las constancias con el argumento de que el asunto sometido a su consideración no es conciliable, lo cual configura una limitación al derecho de acceso a la Administración de Justicia.

Recomendamos, entonces, que cuando actuemos como conciliadores, no nos desgastemos buscando la materia conciliable desde el inicio del trámite conciliatorio, pues ello no es posible en ese instante, muy a pesar de que el legislador parte de ese presupuesto en la filosofía que lo orienta.

Si el conciliador, de manera anticipada, estima que el asunto sometido a su consideración no es conciliable, sin hacer el menor esfuerzo por citar a las partes, permitir su diálogo y escucharlas, expidiendo la constancia pertinente en ese sentido, no está haciendo otra cosa que violar a las partes el derecho de acceso a la Administración Justicia por vía del mecanismo de la conciliación, pues ello atenta contra la filosofía misma de la figura, que implica encuentro y diálogo entre las partes, tal como lo evidencia la concepción que trae la Corte Constitucional de la figura como mecanismo de acceso a la Administración de Justicia y que hemos analizado en líneas anteriores.

Si una persona solicita una conciliación y ésta le es negada expidiéndole la constancia respectiva, por cuanto de entrada el conciliador estima que la materia no es conciliable, con esta conducta se le viola el derecho de acceso a la Administración de Justicia y, por tanto, puede promover una acción de tutela para que se le proteja el mencionado derecho fundamental.

El juez de tutela, con las evidencias del caso, deberá proteger al afectado su derecho fundamental al acceso a la justicia y ordenará que se le imprima el trámite hasta llegar al final del procedimiento

## CONCLUSIONES

El análisis desarrollado presenta un enlace lógico jurídico de la conciliación extrajudicial en derecho, el acceso a la Administración de Justicia, derecho

<sup>635</sup> Artículos 518 y 524 del Código de Comercio.

fundamental que tienen las personas, y las limitaciones que el legislador puede imponerle a este de cara a la materia conciliable, desde un enfoque de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, lo cual constituye un análisis novedoso al problema planteado, no abordado por la doctrina, y desconocido por la jurisprudencia constitucional.

La determinación del asunto conciliable antes del acuerdo conciliatorio no es una limitación constitucionalmente razonable, puesto que impide el acceso a la Administración de Justicia y no consulta los fines para los cuales se instituyó la materia conciliable por el legislador, lo que hace que las normas respectivas sean inconstitucionales.

Esta visión es más garantista para el ciudadano, pues permite que las personas en conflicto puedan utilizar el esquema conciliatorio agotando todas sus etapas, lo que consulta con la filosofía de la figura y su enfoque constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LONDOÑO, Melba. La conciliación en derecho de familia. Bogotá. Legis, 2003.

CASTAÑO GARCÍA, José Ignacio. Tratado sobre conciliación. Bogotá. Editorial Leyer, 2004.

ESCUADERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos alternativos de solución de conflictos (Código de legislación y Jurisprudencia) (incluye CD). Bogotá, Editorial Leyer-2006.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

JUNCO VARGAS, José Roberto. La conciliación, aspectos sustanciales y procesales. 4ª edición. Bogotá: Jurídica Radar, 2002.

HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso. La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad. Bogotá, Editorial Leyer, 2005.

PALLARES BOSSA, Jorge. Arbitraje, conciliación y resolución de conflictos. Bogotá, Leyer, 2003.

ROMERO DÍAZ, Héctor. La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano. Bogotá: Editorial Legis, 2006.

Sentencias de la Corte Constitucional

C-059 de 1993 M. p. Alejandro Martínez Caballero

C-544 de 1993 M. p. Antonio Barrera Carbonell

T-538 de 1994 M. p. Eduardo Cifuentes Muñoz

C- 351/94, MP Hernando Herrera Vergara

C-037 de 1996 M. p. Vladimiro Naranjo Meza

T-268 de 1996 M. p. Antonio Barrera Carbonell

C-652/97, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

C-215 de 1999 M.p. Martha Victoria SÁCHICA

C-163 de 1999 M. p. Alejandro Martínez Caballero

SU-091 de 2000 M. p. Álvaro Tafur Galvis

C-330 de 2000 M. p. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-893 de 2001, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C-1195 de 2001, MM. Pp. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

Normas jurídicas

Artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos

Constitucional Política de Colombia

Artículos 2, 29, 116 inciso cuarto, 150 numeral 2 y 229

Artículo 64 de la ley 446 de 1998

Artículos 2,20 y 38 de la ley 640 de 2001

Artículos 425 y 2474 del Código Civil

Artículos 518 y 524 del Código de Comercio



## CAPÍTULO 13

# La prevalencia del derecho sustancial como parte de la garantía constitucional del debido proceso\*

*Diana María Ramírez Carvajal\*\**

## INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental al debido proceso surge como un conjunto de principios que se encuentran en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, pero, a su vez, el debido proceso ha de entenderse como parte de una macro estructura de principios que se denominan la tutela judicial efectiva.

Esta es una concepción que fortalece y redimensiona el derecho procesal desde las garantías constitucionales, y muy en sentido contrario de cómo ha sido interpretado por un amplio sector de la doctrina y la academia. Es por ello que resulta importante insistir en este tema tan determinante para el correcto entendimiento de un derecho procesal contemporáneo, que desarrolla con profundidad algunas garantías constitucionales y que sirve efectivamente a la protección y el respeto de las demás.

## 13.1 EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN

Entrabar un conjunto de principios constitucionales tan extenso –los que integran la tutela judicial y los que integran el debido proceso–, como columna cardinal del derecho procesal contemporáneo, es lo que permite sostener que el

---

\* Texto que se desprende de la investigación terminada “Los poderes de oficio del juez”, financiada por la Universidad de Medellín.

\*\* Abogada, magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Jefe del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. [dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

derecho procesal supera, no abandona, su función instrumental, para elevarse a esferas más altas en el componente del sistema de garantías constitucionales, que permiten al ciudadano obtener al protección eficiente y expedita de sus derechos. Y si ello es así, de ninguna manera puede sostenerse la prevalencia de un derecho sustancial que pende y depende tanto del instrumento procesal como de las garantías procesales constitucionales.

La tutela judicial efectiva surge en la Constitución cuando “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia”<sup>636</sup>. Luego, esta norma se consolida en una lectura integral de la misma con la red de principios constitucionales y se fortalece en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>637</sup>.

De esta manera, en Colombia es plausible sostener que los contornos del derecho procesal inician en un sistema de garantías constitucionales que se denominan tutela judicial efectiva, y se definen en cuanto a su objeto<sup>638</sup> en el derecho al debido proceso.

La tutela judicial efectiva, como sistema de garantías, asegura al ciudadano el acceso a la Administración de Justicia, una pronta y expedita resolución de las controversias, el derecho a un juez director e instructor y la igualdad material de las partes en el proceso, entre otros.

En un sentido material, la tutela judicial efectiva se compone, por lo menos, de los siguientes principios: publicidad, independencia, imparcialidad, prevalencia del derecho sustancial<sup>639</sup>, legalidad y prioridad de la norma constitucional<sup>640</sup>,

---

<sup>636</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 229.

<sup>637</sup> Ley 270 de 1996 con sentencia C-037 de 1996 y la modificación de la ley 1285 del 22 de enero de 2009.

<sup>638</sup> Desde la teoría general del proceso se ha sostenido que el objeto de estudio del derecho procesal es el proceso, pues bien, con el fortalecimiento del derecho procesal a través de las estructuras garantes de la constitución, puede decirse que el objeto de estudio superó esta idea inicial para redimensionarse a partir del debido proceso.

<sup>639</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 228 “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

<sup>640</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 230 “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Lo complementa el artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

igualdad<sup>641</sup>, procedimiento debido<sup>642</sup>, y la prohibición de autoincriminación<sup>643</sup>, entre otros. Todos estos principios que informan y construyen el derecho procesal contemporáneo.

Desde esta macro-estructura se desprende el debido proceso que propende por un proceso justo, adecuado y viable, y que en los ámbitos nacional e internacional tiene rango de derecho fundamental. Se hace especial énfasis en el debido proceso, porque es una estructura compleja que se erige transversalmente como columna vertebral del derecho procesal pero que al mismo tiempo se descompone –cualidad que lo hace más fuerte– en un conjunto de derechos fundamentales<sup>644</sup>, con lo cual se asegura al ciudadano una orientación del proceso hacia la justicia, la verdad, la igualdad, la coherencia y la racionalidad, todo lo cual puede exigirse por vía de tutela ya que todos ellos tienen, además, reconocimiento internacional como parte de los derechos humanos<sup>645</sup>.

<sup>641</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

<sup>642</sup> Constitución Política de Colombia artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación o el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

<sup>643</sup> Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

<sup>644</sup> Entre ellos: principio de legalidad, Juez natural y competente, plenitud de formas, presunción de inocencia, defensa, contradicción, publicidad, celeridad, impugnación y nulidad probatoria por violación de los derechos fundamentales.

<sup>645</sup> BERNAL, Carlos. El debido proceso. Medellín: Señal Editora, 2004. “El debido proceso se ha institucionalizado en diversos instrumentos internacionales que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Así encontramos los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 16 de diciembre de 1966; artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” del 22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972; artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989;



El derecho constitucional al debido proceso, que a su vez forma parte de la tutela judicial efectiva, donde se integra la garantía de la prevalencia del derecho sustancial, adquiere así un doble carácter o naturaleza jurídica: subjetiva y objetiva.

En sentido subjetivo, el debido proceso es un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano su exigencia, la posibilidad de reclamarlo y exigir su protección inmediata, aun a través de la acción de tutela. En sentido objetivo, el debido proceso es un sistema de garantías que se desdobra en principios e instrumentos, que otorgan a los ciudadanos todas las posibilidades de recibir una debida protección para sus derechos sustanciales.

Desde esta perspectiva, y como se puede deducir, la prevalencia del derecho sustancial no tiene una lectura independiente de la tutela judicial efectiva y/o del debido proceso.

La prevalencia del derecho sustancial hace parte de un conjunto de principios interconectados con el debido proceso y las garantías democráticas del derecho procesal.

[La] conexión existente entre la idea democrática de Estado y el debido proceso, como un justo equilibrio en la relación Estado–autoridad e individuo, de tal manera que el ejercicio del poder en cualquiera de sus manifestaciones está controlado por una serie de formas previstas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la democracia no es un fin en sí misma, sino que es un medio para el respeto de las libertades, los derechos, los principios y los valores que sustentan los fines de la Carta Política<sup>646</sup>.

Así, es plausible sostener que la prevalencia del derecho sustancial, como parte integral de la tutela judicial efectiva, es una garantía constitucional que comprende para las partes el respeto por los principios integradores de la función jurisdiccional.

En este sentido se fortalece la función directiva del juez, que ha de propender, utilizando los poderes que le otorga el legislador, para que las partes tengan oportunidades reales de defensa, y para asegurar a las partes los medios

---

artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, ratificada por la ley 35 de 1961; los artículos 6 y 7 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, ratificada por la ley 70 de 1986, entre otras disposiciones. A su vez el debido proceso tiene su regulación en el derecho internacional humanitario (DIH), verbigracia, artículos 3.1 d) y 49 del Convenio I de Ginebra, ley 5 de 1960; artículos 3 y 50 del Convenio II de Ginebra, ley 5 de 1960; artículos 3, 82 a 104, 129 y 130 del Convenio III de Ginebra, ley 5 de 1960, y artículos 3, 33, 43, 64 a 75, 78, 114 y 123 del Convenio IV de Ginebra (ley 5 de 1960).

<sup>646</sup> Para ampliar esta idea puede consultarse en el capítulo del debido proceso a LONDOÑO, Mabel, RAMÍREZ, Diana y MUÑOZ, Alba. La valoración de la conducta. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2007.

efectivos para la presentación del caso y para la controversia, lo cual finalmente permite una decisión racional y fundada, por tanto, justa. Todo ello constituye la materialización del derecho fundamental a la igualdad y la posibilidad efectiva de influir con la propia acción de defensa en el éxito del proceso y, por supuesto, en la decisión del juez<sup>647</sup>.

A contracara, puede sostenerse que la conjunción de la garantía constitucional de la prevalencia del derecho sustancial con las dos perspectivas, subjetiva y objetiva, del derecho fundamental al debido proceso, convergen para el ciudadano en la posibilidad de exigir a la función jurisdiccional los siguientes derechos: la dirección judicial del proceso por parte del juez con lo que se busca evitar irregularidades en las etapas procesales, la actividad de instrucción probatoria a cargo del juez para determinar con certeza la situación fáctica y jurídica del litigio, y la aplicación del ordenamiento jurídico como sistema complejo<sup>648</sup> que se integra con una interpretación sistemática de los principios constitucionales.

Esta visión holística de la tutela judicial efectiva -la prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso- fortalece el derecho procesal en el marco constitucional, y supera la prevalencia del derecho sustancial como un presupuesto literal de aplicación de un precepto. Se trata de identificar el derecho procesal como algo más importante que la simplista concepción de “la forma por la forma”, la cual fue concebida por el legislador, como un simple instrumento que puede utilizarse o no, incluso que puede desecharse cuando estorba o, peor aún, cuando no se sabe aplicar adecuadamente.

Se abandona la concepción irracional de la forma por la forma misma y se redimensiona el concepto de la forma procesal que se desarrolla a partir de un compendio de garantías constitucionales, como un complemento necesario para la existencia y la validez de la norma sustancial.

### 13.2 LA PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA NORMA QUE SE ENCUENTRA EN EL ARTÍCULO 228 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

El conjunto de principios que contiene la norma constitucional, a la cual pertenece la prevalencia del derecho sustancial, obliga a un estudio integral de sus efectos, pues una postura parcializada desdibuja su sentido y lleva a una lectura sesgada de la misma. Al efectuar una revisión ponderada del artículo 228 de la Constitución se pueden extraer, entre otros, los siguientes análisis:

“*La Administración de Justicia es función pública*”. La jurisdicción, como función pública, se desarrolla por lo menos a partir de tres principios estructu-

<sup>647</sup> COMOGLIO, Luigi. *Riforma processuale i poteri di giudice*. Torino: Giappichelli, 1996 p. 105.

<sup>648</sup> Al respecto ver RAMÍREZ, Diana. *La prueba de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 108 ss.

rales<sup>649</sup>, que no se pueden abordar plenamente en este capítulo porque desborda su objetivo, pero que para un mejor entendimiento del tema se enuncian.

El primero es el principio de publicidad que ordena la actuación judicial no secreta y que en el derecho contemporáneo se concreta en fortalecer la argumentación interna de las decisiones y en especial la justificación de todas las estructuras inferenciales que se van desarrollando en el proceso.

El segundo es el principio de imparcialidad que da cuenta de la importancia de que el juez permanezca ajeno al conflicto. Esta Imparcialidad indica que debe evitarse una relación directa con alguna de las partes y aplicar con acatamiento el principio de legalidad, en sus dos perspectivas: la subjetiva, como obligación de aplicar el ordenamiento jurídico como fuente del derecho, y la objetiva, que es el respeto de todos los principios que componen el debido proceso.

La importancia del principio de imparcialidad se concentra en las potestades que le permiten al juez actuar como sujeto imparcial e imparcial, para obtener la perspectiva del litigio, más completa y verdadera, entre aquellas que le presentan las partes como sujetos parciales. Es el principio que le permite al juez ser director del proceso, al contrario de lo que se sustentó en las reformas del siglo XIX, cuando se entendió que imparcial significaba excluir al juez de toda la actividad de partes y del objeto del proceso que es la pretensión.

Por último, el principio de independencia tiene una estrecha relación con la posibilidad de que la función pública jurisdiccional se exprese sin presiones derivadas de otro órgano o función del Estado, pero su vértice más importante es el equilibrio que se debe establecer entre la decisión del juez y las interpretaciones de los superiores jerárquicos de la pirámide judicial. De ahí que el principio de independencia tenga una estrecha relación con los principios de publicidad, democracia y legalidad en el proceso.

Esta es una presentación compleja de la función pública jurisdiccional, que parte del enunciado de la norma del artículo 228. En esta complejidad, al juez le corresponde actuar en una serie de dinámicas de interacción, tanto en el proceso como en la prueba y el desarrollo del litigio. En esta perspectiva de la función jurisdiccional no se trata de establecer libertades o límites absolutos, ya que ambos representan una vulneración abierta a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, y a los derechos que integran el debido proceso. Se trata de alcanzar un proceso dialógico, esto es, más racional.

---

<sup>649</sup> Para mayor profundidad en este tema se puede consultar RAMÍREZ, Diana. La prueba de oficio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

En palabras de Gascón<sup>650</sup> “nos movemos en un territorio que no está dominado por la mera emotividad, por la intuición o por la fuerza, sino donde es posible desarrollar (y desde una perspectiva garantista, también exigir) una actividad racional: aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas”.

Y es ahí donde resulta importante integrar otra parte del artículo 228 que dice: “las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

Al integrar la función jurisdiccional compleja con la prevalencia del derecho sustancial, se aborda una visión holística de la función jurisdiccional.

Se integran todos los elementos que posibilitan una dinámica contemporánea de “administrar justicia” hacia la efectividad de los derechos. Y esta lectura es tan válida que el mismo texto le exige al juez el respeto de los términos procesales, porque el legislador primario (y así quedó en las actas de discusión) no estaba autorizando con esta norma la ruptura de las formas procesales por una vacía aplicación del derecho sustancial ni tampoco el abandono indiscriminado y burdo de las formas del proceso tras la violación de los términos en forma arbitraria.

Por el contrario, el legislador constitucional incita a la función jurisdiccional para que dirija todos sus esfuerzos, como función pública que es, a lograr de manera prevalente la concreción del derecho sustancial, pero observando con diligencia y cuidado las formas del derecho procesal que, como ya se ha expuesto, en el derecho contemporáneo corresponden al desarrollo de un sinnúmero de garantías constitucionales y de derechos fundamentales.

### 13.3 LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL COMO IDEA DE JUSTICIA MATERIAL

Alguna de las formas de interpretación que ha hecho carrera cuando se defiende la prevalencia del derecho sustancial es aquella que identifica el derecho sustancial con la idea de justicia material y/o de justicia sustancial, pero en una nueva perspectiva del derecho:

¿Qué se debe entender por justicia material?

#### a. *Sobre las ideas de justicia*

Abordar un concepto de justicia en cualquier parte del proceso o ámbito jurídico significa entrar en territorios bastante desconocidos para el derecho, ya que la

<sup>650</sup> GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 49.

justicia es un concepto filosófico que se ha desdoblado en múltiples teorías. La filosofía<sup>651</sup> desde la Antigüedad ha abordado la justicia, como también lo han hecho la sociología<sup>652</sup> y las diversas corrientes de pensamiento jurídico<sup>653</sup>.

Sin embargo, se reconoce que el derecho tiene un marcado interés por la justicia, lo que lleva a la doctrina a utilizar el término indiscriminadamente. En este contexto se debe admitir que hablar de justicia es hablar de valores<sup>654</sup>, de representaciones sociales, es decir, de ideologías relativas<sup>655</sup> y cambiantes en la sociedad.

La justicia, como acertadamente lo expone Ruiz,

“contiene una carga de emotividad positiva que la hace susceptible de ser utilizada en contextos bien diferentes y con escasa precisión, (...) en ocasiones el término se ha enarbolado para defender los más absurdos argumentos, e incluso de forma lacerante y hasta pernicioso ha servido para pergeñar los más oscuros y perversos intereses”<sup>656</sup>. Ejemplos de esta distorsión fueron las actuaciones contra la justicia y el derecho del movimiento nazi, “fundamentalmente irracionalista, porque exigía que la decisión judicial fuera tomada no con fundamento en los hechos o en los derechos preexistentes, sino en el así llamado Führer principio o voluntad del Führer”<sup>657</sup>.

Un concepto tradicional de justicia en el derecho es el de Ulpiano: la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Tal vez sea ésta la definición de justicia con más éxito en toda la historia del pensamiento jurídico, pero en

<sup>651</sup> Desde la antigüedad, con Platón y Aristóteles, pasando por la edad media, con Tomás de Aquino y San Agustín, culminando la modernidad, con las ideas de Smith y Kelsen y, en la posmodernidad, con Dworkin y Hart., entre muchos otros.

<sup>652</sup> Entre otros: SILVA, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. DE SOUSA, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

<sup>653</sup> TARUFFO. *¿Justicia civil opción residual o alternativa posible?*. Ob. cit. p. 137: “De la *procedural justice* teorizada por John Rawls a la concepción adversarial de la justicia civil, se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental”.

<sup>654</sup> KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 63: “una ética de la virtud, es decir, apunta a un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud mas alta, la virtud perfecta”.

<sup>655</sup> *Ibid.*, Op. cit., p. 83: “En realidad, yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo, conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

<sup>656</sup> RUIZ, Mario. “El mito de la justicia: entre dioses y humanos” en <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf> (consultado en junio 6 de 2008).

<sup>657</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial en *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005, p. 103.

realidad es una fórmula vacía<sup>658</sup>, que en el derecho contemporáneo no explica el significado de la justicia material, pero que, por supuesto, tampoco explica el significado de la justicia procesal ni mucho menos de la justicia formal o de la justicia sustancial.

Para dar un poco de orden, se puede abordar un concepto de justicia dialogada, como lo hace García: “la definición o determinación del concepto de justicia tendría por finalidad (...) ofrecer el marco dentro del cual se puede discurrir y hablar sobre el tema de lo justo (...) a cuya luz se debe establecer lo que en un caso concreto sea justo”<sup>659</sup>.

Pero en todo caso, y para discutir desde un plano de entendimiento intelectual o racional sobre la justicia en el derecho, se requiere adoptar una escuela o una tendencia, como acertadamente lo expresa Bobbio<sup>660</sup>:

Es así como el formalismo jurídico responde a una idea de justicia, “*la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley*”; también se estudia la justicia consensuada que parte de los acuerdos, donde,

... según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla (...) según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar.

En este orden de ideas, para lanzar a la discusión académica o jurídica una determinada idea de justicia con respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico, se requiere una postura ideológica concreta.

Es en este contexto donde una vertiente del constitucionalismo moderno o neo constitucionalismo<sup>661</sup> busca la justicia del derecho a través de la integración de los valores y principios<sup>662</sup> en el ordenamiento jurídico. De ahí surge, a veces, la idea de “justicia material prevalente” o de “justicia social”.

<sup>658</sup> KELSEN. *¿Qué es Justicia?* Ob. Cit. p. 45.

<sup>659</sup> GARCÍA. *Ensayos de filosofía*, Bogotá, Temis, 2003, p. 140.

<sup>660</sup> BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 13- 17.

<sup>661</sup> Al respecto: GARCÍA, Juan. “Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Revista Berbiquí*, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Vol.30, Medellín, Soluciones Editoriales, 2005, p. 26. MEROI, Andrea. “Iura novit curia y decisión imparcial”, en *Revista Polémica Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Antioquia, No. 6, Medellín, Vieco Editores, 2008, p. 68.

<sup>662</sup> ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 9: “El principio estructura un caso de forma abierta y la regla cerrada. Por eso Alexy llama a los principios mandatos de optimización, porque su cumplimiento depende de posibilidades fácticas y también jurídicas”.

Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio para la interpretación del derecho, puede fracasar si la tutela jurisdiccional se aparta abiertamente de las políticas públicas, de las políticas o del plan de gobierno y, especialmente, de la aplicación del ordenamiento jurídico integral que se compone de leyes, principios, jurisprudencia, contratos y actos administrativos, entre otros.

En algún sector de la doctrina colombiana<sup>663</sup>, la representación de una idea de justicia material se fundamenta para algunos operadores jurídicos a partir de la ruptura de la legalidad de la forma procesal. Sin embargo, el sentido de prevalencia que válidamente ha interpretado la Corte Constitucional<sup>664</sup> da cuenta de la correspondencia que existe entre el nacimiento o interpretación del derecho sustancial y el respeto por las formas y garantías procesales.

Esta interpretación corresponde con la fórmula de interdependencias de Carnelutti: “el derecho sin proceso no podría acercarse a alcanzar su objetivo, no estaría el derecho en una palabra, aunque tampoco el proceso sin el derecho; el equilibrio entre los dos términos es circular”<sup>665</sup>. Y es desde esta misma perspectiva desde donde lo ha consagrado el Código de Procedimiento Civil colombiano: “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”<sup>666</sup>.

La prevalencia del derecho sustancial, entonces, como puente de acceso a la justicia material, debería entenderse como la protección de la tutela judicial efectiva frente a estructuras formulistas rígidas.

Por ejemplo, la Corte Constitucional, al revisar el rechazo de una tutela

---

<sup>663</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 14464, junio 12/05: “...el juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, desde la cual pueda realizarse la idea de justicia material”. Corte Constitucional, sentencia C-591/05, de junio 19: “... el juez más allá de ser árbitro, desempeña un papel activo hacia el logro de la verdad y la aplicación de la justicia material” Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia del 30 marzo de 2006, en esta sentencia la fiscal introduce una prueba anulable invocando la justicia material, al tenor dice “...desde la perspectiva probatoria, la Fiscalía tiene un compromiso directo con la verdad y la justicia material”

<sup>664</sup> Cfr. entre otros: Corte Constitucional, sentencia T-0191/93 de 1993, M.p. : Antonio Barrera Carbo-nell; auto 010/96 de 1996, M.p. : Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-352/94 de 1994, M.p. : José Gregorio Hernández Galindo, y sentencia T-172/94 de 1994, M.p. : Alejandro Martínez Caballero.

<sup>665</sup> CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*. Napoli. Morano, 1958. p. 33. En el mismo sentido DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 735: “Perciò si è detto che l'estinzione ope legis del processo costituirebbe una inammissibile (sul piano costituzionale) limitazione del potere del giudice e della sua sovranità nell'applicazione del diritto sostanziale”.

<sup>666</sup> Código de procedimiento civil colombiano, art. 4.

... con el argumento de que no se manifestó bajo la gravedad del juramento”<sup>667</sup>, expone que “el carácter informal predicable de la acción de tutela torna imposible su asimilación estricta a otros procedimientos jurídicamente regulados y, por virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el trámite preferente y sumario que se imparte cada vez que el particular acude a este mecanismo protector no requiere la rígida observancia de todo el conjunto de formalidades propias de los procesos<sup>668</sup>.

En este mismo sentido, la Corte tutela sobre la falta de presentación de demanda escrita, “pues se parte del supuesto de que la posibilidad de escribir no está al alcance de toda la población, bien por analfabetismo...”<sup>669</sup>. La Corte impide que en los procesos constitucionales como la tutela, “debido a errores de forma (...) se dejen de amparar efectivamente los derechos de personas afectadas”<sup>670</sup>.

Igualmente, cuando la Corte Constitucional aborda el tema de la prevalencia del derecho sustancial en el proceso civil, lo hace revisando la relación que existe entre las instituciones procesales y los principios que integran el debido proceso.

En este sentido, al decidir sobre una demanda en contra del recurso de revisión civil, la Corte dice que

... sólo podría declarar inexecutable normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución”<sup>671</sup>. Y decide que “la disposición acusada (art. 380 CPC) no contraría el derecho de defensa, el cual, por el contrario, es protegido de manera general con el recurso mismo de revisión (...) dicha disposición tampoco viola el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales (...) ya que los derechos sustantivos del impugnante presuntamente perjudicado por la sentencia atacada pueden ser reconocidos mediante el examen de ésta al culminar el procedimiento de revisión, sin que dicho resultado sufra mengua por la exclusión de la reforma de la demanda<sup>672</sup>.

Por lo expuesto, resulta plausible considerar que una forma de justicia material en Colombia se encuentra a partir de las garantías constitucionales: tutela judicial efectiva y debido proceso, y que a partir de ellas puede igualmente integrarse el precepto de la prevalencia del derecho sustancial.

<sup>667</sup> Corte Constitucional, sentencia T-191/93 de mayo 12 de 1993, M. p. : Antonio Barrera Carbonell.

<sup>668</sup> Corte Constitucional, auto 010/96 de marzo 26 de 1996, M. p. : Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>669</sup> Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de mayo 24 de 1994, M. p. : José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>670</sup> Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de abril 11 de 1994, M.p. : Alejandro Martínez Caballero.

<sup>671</sup> Corte Constitucional, sentencia C-446/97 de febrero 18 de 1997, M.p. : Jorge Arango Mejía.

<sup>672</sup> Corte Constitucional, sentencia C-736/02 de septiembre 10 de 2002, M.p. : Jaime Araújo Rentería.



**b. Sobre la justicia sustancial en la aplicación del derecho**

Por último, la prevalencia del derecho sustancial como parte de un concepto de justicia se ha entendido por algunos sectores como la “justicia material” a contracara de la “justicia formal”, una dicotomía similar a la que se utiliza, de forma bastante absurda por cierto, con la verdad “real” y la verdad “formal”.

En la doctrina hay por lo menos dos aspectos para tratar en relación con la aplicación de la justicia sustancial: el primero de ellos es que hay una idea generalizada, mas no fundamentada, de que existe una especie de justicia sustancial o material a la que puede llegarse por fuera del procedimiento, incluso por fuera del proceso<sup>673</sup>; el segundo es la convicción de que la justicia sustancial en el derecho puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores, sin tener en cuenta la integralidad del ordenamiento jurídico.

Contrario a lo que se cree, ambas tendencias pueden converger en posturas limitantes a la función pública jurisdiccional, lo que quiere decir que impiden al juez ser proactivo, pensante, creador del derecho sustancial y director del proceso.

- **La posibilidad de obtener una decisión judicial justa sustancialmente, por fuera del proceso y del procedimiento, es una idea que surge como reacción al modelo formal, pero que paradójicamente reafirma este modelo obsoleto.**

Los modelos formalistas de finales del siglo XIX han caído en desuso en el derecho occidental contemporáneo.

Este modelo se reproduce a partir de la lectura exegética de la ley, del positivismo excluyente que entiende el derecho como estructuras de ley que generen un sistema completo, claro y cerrado<sup>674</sup> y especialmente en el formalismo dogmático radical, que se ocupa de difundir el estudio del derecho a partir de una serie de fórmulas precisas o “dogmas”, que contienen los conceptos, la interpretación, la hermenéutica y hasta la forma de valorar la prueba.

<sup>673</sup> Algo similar a lo ocurrido en Italia, donde la reforma del Código de Procedimiento Civil italiano, mediante el D. L. n.35/05, varía el proceso de cognición propiciando la exclusión del Juez de la fase de fijación de los hechos y de las pruebas, lo cual impide su función de dirección y control, dejándolo relegado a órgano decisor sobre documentos. “il disegno propone all’art. 16 un modello che prevede uno scambio, teoricamente illimitato, di scritture preparatorie tra gli avvocati, con termini minimi da concedere per le diverse repliche all’avversario e con il potere di scelta, assegnato fin dall’inizio a ciascuna delle parti (...) In linea di principio, le conclusioni che saranno scambiate davanti al giudice “non potranno essere diverse da quelle prese nelle precedenti scritture”. CHARLIONI, Sergio. La riforma del codice processuale civile, in [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc). (consulta en diciembre de 2006).

<sup>674</sup> GARCÍA, Juan. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2006, p. 39: “Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias; y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enunciados que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas”.

Este modelo era necesario y por ello fue exitoso en la época del afianzamiento del Estado liberal donde se aplicó y utilizó en todas las áreas del derecho sustancial, como también en el derecho procesal. Se entendió que el derecho se aplicaba conforme a las formas dogmáticas, que la fuerza social del derecho estaba en el legislador que, además, era sabio y que, por supuesto, y como consecuencia natural, la función del juez significaba hacer de “boca que pronuncia las palabras de la ley”.

En esta dinámica, el juez estaba sometido a seguir puntualmente los dogmas de la ley formal, dando siempre prevalencia a lo escrito por el legislador, por lo cual daba una lectura exegética a los presupuestos normativos, ya que el derecho estaba dicho y dado por el órgano legitimado, y él solo debía encontrar el postulado jurídico para asignar a las partes del proceso.

De esta forma, y entendiendo que el derecho sustancial corresponde a los presupuestos normativos expedidos por el legislador en la ley, al darle prevalencia literal al derecho sustancial como parte de una anhelada justicia sustancial significa regresar al juez a una actitud absolutamente pasiva frente al legislador. En esta dinámica, el juez es incapaz de formular soluciones integrales y contextualizadas, pues le está vedado reformar la ley que contiene los derechos sustanciales de la sociedad, así como sobredimensionarse en su interpretación.

Entonces, el juez aplica el derecho sustancial de una manera justa, si y solo si se apega a la regla otorgada por el legislador, es decir, que el proceso únicamente le sirve como herramienta para encontrar, desde el conjunto de leyes, la solución correcta del conflicto, a través del derecho que previamente ha ordenado el legislador.

Es la visión del derecho que corresponde con la teoría de la “decisión vinculada”<sup>675</sup> que tiene como fundamento constitucional la tridivisión del poder -hoy revaluada en el derecho constitucional, al menos en su sentido original- y que asume que uno de los poderes del Estado, el legislativo, tiene por función expedir la ley como un sistema jurídico sustancial prevalente, un sistema completo, claro y coherente.

Aplicar el derecho sin ninguna posibilidad de nueva interpretación, a través de un proceso que solo sirve para hallar la fórmula correcta del legislador,

... presupone que la atribución de los derechos es obra exclusiva de la ley sustancial, concebida como operante en una dimensión diversa y en un momento anterior respecto a aquel en que entra en juego la jurisdicción. Ésta, por tanto,

<sup>675</sup> WRÓBLESKY, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987, p. 57: El sistema jurídico es completo, cerrado y no contradictorio. Las contradicciones son aparentes y las lagunas son faltas técnicas del legislador que se llenan fácilmente por analogía de la voluntad legislativa.

tendría sólo una función de determinación y eventualmente de restauración de la situación jurídica preexistente (...) En consecuencia, el papel del juez es esencialmente de afirmación del derecho sustancial preexistente<sup>676</sup>.

A partir de lo expuesto, se encuentran para el derecho contemporáneo, por lo menos, dos consecuencias negativas:

- Se niega la importancia que el mismo artículo 228 de la Constitución colombiana le otorga al proceso como institución pública, según la cual el proceso ha superado su condición de mero instrumento<sup>677</sup>, para convertirse en un sistema de garantías que le permiten medios dialógicos para que el juez realice su función.
- Se extirpan, por decir lo menos, de la aplicación del derecho, las garantías del debido proceso, que se materializa en el proceso jurisdiccional a través de los principios de legalidad y democracia.
- La idea de que la justicia sustancial, en el derecho, puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores tiene, por lo menos, dos sentidos:

El primero de ellos es que la justicia, a partir de valores, es correspondiente con las teorías antiformalistas del derecho o doctrinas axiológicas<sup>678</sup>. Concepciones confusas para el derecho occidental que, como el colombiano, ha evolucionado a partir del *civil law*.

La aplicación del derecho a través de los valores se relaciona con las teorías de la libre decisión explicada por Wroblesky, especialmente con la escuela radi-

---

<sup>676</sup> TARUFFO. *La justicia civil*. Op. cit. p. 140.

<sup>677</sup> TARUFFO. *La justicia civil* Ob. cit. p. 139: “Uno de los principales aspectos de la concepción tradicional de la jurisdicción consiste en considerar el proceso como meramente subsidiario e instrumental respecto al derecho sustancial (...) Todo sujeto individual es, pues, titular de los derechos sustanciales que la ley le atribuye”.

<sup>678</sup> GARCÍA. Interpretación y aplicación. Ob. cit. p. 42-43: “Las doctrinas que llamo axiológicas se sintetizarían en las siguientes notas principales: i) el sistema jurídico se cimenta sobre un sistema o conjunto ordenado de valores que son su base y le dan su sentido último y más determinante; ii) dichos contenidos valorativos, que son la esencia del sistema jurídico, tratan de expresarse por medio de los enunciados normativos contenidos en los cuerpos jurídicos (...) estas teorías axiológicas de la interpretación con la versión contemporánea de aquel formalismo radical que en el siglo XIX era propio del positivismo ingenuo (...) tienen un fuerte componente metafísico e idealista que se traduce, ante todo, en la convicción de que el derecho no es una realidad lingüística (como cree cierto positivismo contemporáneo) ni empírica (como creen las teorías del derecho de corte realista y sociológico), sino que se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso de la mejor manera la justicia y el bien, y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo (...) estas teorías axiológicas del derecho y de la interpretación presuponen que existen semejantes esencias valorativas precisas y contenedoras de la solución más justa para todos los casos en derecho, y que, además, son perfectamente cognoscibles y, muy en particular, cognoscibles por los jueces”.

cal<sup>679</sup>, que pone su centro de atención “en los valores jurídicos más que en los políticos”, que además en forma absoluta “rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley porque esta no puede determinar las decisiones judiciales”; por tanto, la ley no es un límite o un parámetro para que el juez decida. El juez considera que decide más de acuerdo con su moral que con la ley; por ello “busca las fuentes del derecho fuera de los textos legales”.

Según Wrobletsky<sup>680</sup>, en esta corriente de pensamiento hay dos tendencias: “los radicales, que desprecian la ley, la decisión es tomada de una forma totalmente emotiva, por intuición del caso concreto que debe ser decidido en forma justa y equitativa a partir de la valoración del juez (...) y los moderados, que no niegan la importancia de las leyes ni la necesidad de un orden jurídico, (...) pero subrayan la necesidad de creación *praeter legem*”.

De esta manera, y a través de los valores que se encuentran en la moral, el juez puede construir decisiones con base en su íntima convicción y desestimar por completo el ordenamiento jurídico, incluido el proceso.

Con ello se fortalecen las tendencias irracionales<sup>681</sup> sobre la función y la decisión judicial, que empujan al juez a apartarse del ordenamiento jurídico y a dar aplicación a sus propios ideales de equidad o de justicia, lo cual, no solo vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, sino que desestima

<sup>679</sup> “La ideología de la libre decisión judicial. Nace como la antítesis de la decisión vinculada. Es el anti formalismo o anti positivismo, que surge cuando el Estado liberal da paso al monopolismo y al intervencionismo, lo que hace que el positivismo pierda su influencia. La oposición parlamentaria socialista hace resurgir el conflicto entre desigualdad material de clases y libertad formal, por lo que el derecho deja de ser considerado encarnación del derecho natural que no tiene existencia autónoma. La libre decisión no está afiliada a ninguna ideología política determinada, pero en realidad solo fue afirmada por el movimiento del Estado Nazi. WRÓBLESKY. Sentido y hecho en el derecho. Ob. cit. p. 59-60.

<sup>680</sup> WRÓBLESKY. Sentido y hecho en el derecho. Ob. cit. p. 59-60

<sup>681</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial en Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 103: “este problema de distinguir una ideología legal racional frente a ideologías irracionalistas no es un problema histórico de la Europa del medio siglo, sino que hoy en día sigue siendo un tema importante ya que contemporáneamente hay teorías o ideologías que están de moda o en boga, que son fundamentalmente irracionalistas. Así por ejemplo, en los veinte últimos años en E.U. se han desarrollado distintas teorías irracionalistas sobre la decisión judicial y la función judicial, y el profesor quiere advertirnos que así mismo ocurre en Italia y piensa que también en Colombia dada la fuerte influencia de Estados Unidos; por tanto es mejor estar en guardia frente a estas teorías irracionalista en boga. Según estas teorías el Juez no tendría que decidir conforme a los hechos o al derecho, sino conforme a características particulares del caso, características particulares de equidad, o a veces incluso a las características individuales, usualmente con el propósito de reparar daños previos sociales causados a estas personas. Estas teorías irracionalistas pueden ser apreciadas incluso desde un punto de vista político o moral, pero cuando se trasladan al campo de la decisión judicial terminan favoreciendo formas de decisión arbitraria caso por caso; basado en características meramente individuales”.

los derechos fundamentales de defensa y contradicción, y en especial una premisa estructural del derecho: “*il diritto esiste s’esiste il fatto che lo fonda*”<sup>682</sup>.

El segundo sentido que se encuentra en la idea de la justicia sustancial a partir de la aplicación de valores y también de principios es el que incluye éstos en el ordenamiento jurídico, por tanto, propende por que la aplicación integral del ordenamiento jurídico se realice como un sistema de fuentes. En este sistema, los valores ocupan un lugar y cumplen con unas finalidades específicas.

En este sentido, el derecho se entiende como un sistema complejo. En él interactúan, entre otros, la Constitución -con un alto componente de normas principio y normas valor- el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales, la ley en sus diversas jerarquías, la jurisprudencia -especialmente aquella que contiene ratio decidendi- y, en el último eslabón, no por ello menos importante, el acto administrativo y el contrato.

Esta segunda postura integradora permite, razonablemente y respetando los principios de legalidad, contradicción y democracia, aplicar el derecho teniendo en cuenta la interpretación de principios y valores. Es una tendencia más acorde con la evolución del sistema jurídico colombiano que contribuye con la elaboración de la “decisión racional”<sup>683</sup>, pues todo el complejo normativo se discute a través de las estructuras del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

### 13.4 TENSIONES IDEOLÓGICAS

Se requiere de mucho tiempo para cambiar paradigmas e ideologías. Como lo expone Zuleta, la ideología “tiene una fuerza inmensa, porque no es simplemente un error subjetivo. Si se tratara de un simple desenfoque personal, una demostración sería suficiente para disolverla (...) como la ideología está encarnada, como hace parte de un modo de vida y no se reduce simplemente a una opinión o a una desviación mental, la refutación no es nunca suficiente para ‘superarla’”<sup>684</sup>. Se trata pues de trabajar por la evolución de las tradiciones procesales que se han seguido por décadas.

En la aplicación del derecho y a través de la historia, el proceso y la decisión han superado diversos niveles. Ambas estructuras han evolucionado desde concepciones nefastas como la de la justicia de la Santa Inquisición, para llegar al formalismo dogmático y radical temeroso de perder el control sobre la ley en la

<sup>682</sup> TARUFFO, Michele. “Onere della prova” in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Padova, Cedam, 1979, p. 65 – 78: “tali regole escludono infatti l’applicazione diretta di questa norma (sustancial), ma essa viene ugualmente presa in considerazione al fine di stabilire quali fatti avvrebbero dovuto essere provati e quali sono le conseguenze della loro mancanza di prova”.

<sup>683</sup> WRÓBLESKY. Sentido y hecho en el derecho, Ob. cit. p. 61.

<sup>684</sup> ZULETA, Estanislao. Acerca de la ideología. En *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Cali: Feriva, 1994, pp. 86-87.

aplicación del derecho, con lo cual, seguramente, de nuevo se volvería al arbitrio de la Edad Media.

Pero también ha llegado el fin de las concepciones rígidas del derecho. Ahora se tienen nuevos retos: construir un proceso dialógico, fortalecer una función jurisdiccional activa que interactúe con las partes y dirija el proceso, entender y propender por que el proceso genere una decisión racional, suficientemente motivada, justificada y argumentada. Esta es la difícil tarea del derecho procesal contemporáneo.

Para lograr estos cambios no son necesarias posturas radicalizadas entre derecho tradicional y un nuevo derecho<sup>685</sup>, porque polarizar esta concepción no le aporta a la evolución del derecho como un sistema integral y complejo, sino que implícitamente replica a la sociedad la necesidad de una idea de ruptura absoluta.

Se trata de fortalecer la función pública del juez, directamente relacionado con las estructuras políticas y jurídicas del Estado social de derecho, y en esta dimensión, discutir sobre la justicia sustancial, la justicia material o la prevalencia del derecho sustancial es discutir sobre frases vacías que el juez no podrá hacer realidad por fuera del sistema de garantías procesales que trae la Constitución.

Las tensiones que se crean cuando se le pide al juez que decida con la “realización de visiones de justicia material (...) -virtudes activas- que lo ponen en contacto por ejemplo con funciones de ordenación y administración del gasto público”<sup>686</sup> no son benéficas para lograr el cambio que requiere la sociedad del siglo XXI.

Hoy la evolución del derecho gira y avanza hacia la interdisciplinariedad, hacia la racionalidad para que el ordenamiento jurídico pueda interpretarse y aplicarse holísticamente y responda a las necesidades internas y transnacionales de la sociedad moderna.

Estos son cambios ideológicos que implican repensar las actividades y las funciones del juez en relación con la justicia en el proceso. Estos son cambios ideológicos que implican también que la ley procesal debe fortalecerse para ser más flexible, más efectiva; la lentitud y la saturación son fenómenos internacionales, pero indudablemente llevan a un desgobierno del proceso. Se debe propender por que los procesos “sean adaptados a las nuevas exigencias de la justicia, fortaleciendo una igualdad más real y menos formal de partes, y evitando el control de las partes económicamente fuertes o de los abogados más astutos”<sup>687</sup>.

<sup>685</sup> LÓPEZ. El derecho de los jueces. Ob.cit. pp. 323 - 324.

<sup>686</sup> *Ibíd.*, pp. 323- 324.

<sup>687</sup> LACHINA.Op. cit. p. 1117: “lo scopo istituzionale del processo resta pur sempre la disparità finale sostanziale, lo squilibrio netto tra vincitore e sconfitto, e per raggiungere questo esito sostanziale, che a rigore resterebbe fuori del tema della parità processuale”.

También hace parte del cambio ideológico un nuevo órgano jurisdiccional, más plano, menos jerárquico<sup>688</sup>, que contraste con la labor social que le ha encargado el Estado. Una estructura más plana, menos burocrática y más abierta al diálogo mejorará indudablemente lo que Damaska<sup>689</sup> llama trabajar con mal de Alzheimer, tras la permanente relectura de expedientes cada vez más gruesos y por funcionarios diversos que poco tiempo y disposición tienen para comenzar de nuevo.

Por último, la ruptura ideológica también implica cambios en el órgano legislativo, que igualmente debe propender por una enunciación de leyes más científicas.

Se puede continuar con la implementación de normas foráneas, pero éste debe ser un trabajo que paralelamente permita la combinación de diferentes culturas y contextos. Se trataría, de “*cómo leer una cultura diversa, desde el punto de vista de mi cultura, usando ideas, conceptos, valores y creencias que constituyen la otra cultura*”<sup>690</sup>.

La eficacia en la interpretación pende de la claridad de la norma y del intérprete, que puede ser una real intersección entre dos posiciones o una marca de inflexibilidad que genere el máximo grado de incompreensión idiomática e institucional. “Ordenamientos jurídicos relativamente cercanos, incluso derivados de la misma familia pueden ser tan diferentes que ni el concepto de derecho les sea común; la explicación a esto es que en la enunciación de una norma, influye la política, la cultura, las costumbres”<sup>691</sup>.

---

<sup>688</sup> PIZZORUSSO Alessandro, VOLPE, Giuseppe, SORRENTINO, Federico y MORETTI, Renato. *Comentario della costituzione. La magistratura*, tomo III, Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 107 -108: “este modelo hace de la magistratura una parte de la administración pública, asignándole limitadas garantías de independencia a los órganos judiciales”.

<sup>689</sup> DAMASKA. *I volti della giustizia*. Ob. cit. p. 101: “Il materiale raccolto nel corso del tempo dai vari funzionari deve essere raggruppato per la decisione, e si devono conservare tracce dell’attività dell’ufficio per futuri riesami. I funzionari incaricati delle fasi processuali devono quindi conservare fascicoli per assicurare la completezza e l’autenticità della documentazione. Come affluenti di un fiume sempre piú grande, i fascicoli tenuti dai funzionari inferiori vengono incorporati neis empre piú voluminosi fascicoli dei loro superiori”.

<sup>690</sup> DAMASKA, Mirjan. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal” en *Reformas a la Justicia penal en las Américas*, www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal. (consultada en junio de 2007).

<sup>691</sup> TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Ob. cit. pp. 74-75: “si se mira el mundo de los ordenamientos de civil law, el problema de los modelos procesales se presenta aún más complejo, a tal punto que parece en verdad imposible hablar racionalmente de un modelo de civil law. Se pueden subrayar dos aspectos importantes a) en realidad no ha existido nunca un modelo homogéneo y unitario de proceso civil de civil law. Y b) en los últimos decenios se han producido tantas y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia de manera sintética y unitaria a los modelos tradicionales”.

El estudio y aplicación en el derecho contemporáneo necesita una dinámica más abierta, que conciba las convergencias que producen la decisión judicial y la valoración de la prueba como ejes centrales para la función jurisdiccional justa, y que, por supuesto, no deseche la posibilidad de las partes de intervenir en el éxito del proceso, como parte de sus derechos democráticos<sup>692</sup>.

### 13.5 NUEVOS ROLES DEL DERECHO PROCESAL

Como ya se ha dejado escrito, las proyecciones contemporáneas muestran un derecho procesal fortalecido, transversalmente impactado por las garantías de la Constitución y elevado en su objeto de estudio, el proceso, a derecho fundamental.

Esta posición privilegiada significa, como también se explicó en este texto, que no puede haber una interpretación lógica y razonable que diga que hay prevalencia del derecho sustancial. La justicia material y la justicia sustancial se obtienen a través del derecho procesal que ha superado ostensiblemente su condición de instrumento para llegar a ser garantía y protección.

Es así como la aplicación del derecho sustancial se ha flexibilizado a través de nuevas estructuras procesales que hoy lo llevan a interactuar fluidamente:

- La creación jurídica del juez es una realidad y se da especialmente en el derecho sustancial con las interpretaciones novedosas de la ley. Ahora el juez no sólo reconstruye el caso y lo compara con la ley preexistente. El juez avanza hacia el análisis hermenéutico agudo que le exige el ordenamiento como sistema complejo y la sociedad contemporánea del riesgo.
- La creación del derecho sustancial tradicionalmente fue obra del legislador, pero contemporáneamente, en América Latina y en el mundo, existen diversos órganos e instituciones de creación para la normativa sustancial: el legislador y el ejecutivo que tienen por disposición constitucional la reglamentación de la ley, en muchos casos; la jurisprudencia, que a través de la *ratio decidendi* permanentemente es una fuente de consulta en materia de reglas sustanciales; en los negocios transnacionales, de otra parte, son más fuertes las opiniones de las oficinas de abogados reconocidos que los tratados internacionales, y cada vez más negocios se desarrollan por fuera del dominio del legislador tradicional. Pero esta creación del derecho sustancial siempre se hará a través de las garantías procesales.
- La lógica de creación de la norma sustancial avanza hacia una propuesta social y colectiva, antes que individual. Ahora se habla de derechos colectivos, de derechos difusos y de acciones grupales con mayor fuerza que aquellas individuales. La tutela judicial efectiva y el debido proceso, como macro es-

<sup>692</sup> TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione*, Ob. cit. p. 340.



estructuras del derecho procesal constitucional, están presentes en el avance de los derechos difusos.

- Los derechos y los deberes ciudadanos, que son derecho sustancial, tienen ahora una lectura desde los principios constitucionales prevalentemente: “este contexto funcional implica una idea sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho. El derecho se crea, aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos psico-sociales, incluidas las normas extralegales y otros factores condicionantes como economía, política, cultura general”<sup>693</sup>.
- El sentido de justicia –sustancial, material o social- se focaliza en lograr decisiones válidas y justas (sin desestimar el ordenamiento jurídico). Estas decisiones justas se miden, como lo dice Taruffo<sup>694</sup>, por lo menos, con el cumplimiento de los siguientes elementos estructurales: “la determinación con veracidad de los hechos fundantes del conflicto, la enunciación de medios de prueba adecuados y su correcta valoración, la adecuación de un procedimiento válido para el caso y, por último, la interpretación válida del conjunto de normas sustanciales que fundamentarán los argumentos de la decisión”.
- Por último, el juez debe precisar una decisión “justa”, debidamente argumentada y motivada. La sociedad debe comprender la decisión porque “la cultura jurídica contemporánea exige la justificación de la decisión en cualquier sistema: common law o civil law esto es, que la decisión sea racionalmente presentada y racionalmente controlada”<sup>695</sup>.

Estas dimensiones dan cuenta de que derecho sustancial y derecho procesal convergen y se dinamizan en el derecho contemporáneo para lograr la tutela judicial efectiva a favor de las partes. Como lo expuso Denti, “la estricta unión entre el derecho sustancial y el derecho procesal tiene envuelto el moderno rol de garantía del juez, el principio que mejor expresa este rol es el del debido proceso que trasciende la garantía meramente procesal y reviste la tutela también sobre el plano sustancial de los derechos constitucionalmente garantizados”<sup>696</sup>.

<sup>693</sup> WRÓBLESKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985, p. 45.

<sup>694</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial, en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 102.

<sup>695</sup> WRÓBLESKY. *Constitución y teoría general*. Op. cit. pp. 59 – 62.

<sup>696</sup> DENTI, Vittorio. “Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo” in *Rivista di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 731: “Nello stretto collegamento tra diritto sostanziale e diritto processuale, va colto il *proprium* del moderno ruolo di garanzia del giudice. Non per nulla il principio che meglio esprime oggi questo ruolo, quello del *due process of law*, ha una portata che trascende le garanzie meramente processuali ed investe la tutela, anche sul piano sostanziale dei diritti costituzionalmente garantiti”.

De ahí que la sentencia se convierta en el eje prioritario de estudio en el proceso, porque en la unión entre derecho procesal y derecho sustancial, a través de un sistema de garantías, “nada hay más sustancial en la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia”<sup>697</sup>.

Finalmente, se puede sostener que en las dinámicas del derecho integral contemporáneo, se necesita de un juez que supere al muy aclamado juez Hércules.

La complejidad del derecho contemporáneo no la asume un juez –súper hombre–; la asume un juez dinámico, capaz de interactuar con las partes, con los órganos de control, con los superiores jerárquicos, con la ley y al mismo tiempo con la Constitución.

Este Juez tiene la imponente misión de

... interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho (...) ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social<sup>698</sup>.

La corrección en el proceso dialógico y en la decisión racional necesita de un juez Hermes, por naturaleza. un gran comunicador<sup>699</sup>:

... con las relaciones analógicas, con las conexiones, con las paradojas: peligro y protección, terror y confianza, certeza y extravío, pérdida y ganancia, malicia y benevolencia, muestra el camino y puede descarriarse, anuncia notables silencios que invaden las conversaciones más animadas; en este estado de dicotomías no hay separación ni ruptura, lo absoluto nada tiene que ver con Hermes; su esencia es la libertad y el brillo, en consecuencia es un dios fundamentalmente no autoritario.

## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

BERNAL, Carlos. *El debido proceso*. Medellín: Señal Editora, 2004.

<sup>697</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, E.J.E.A, 1978, p. 19.

<sup>698</sup> TARUFFO. *La justicia civil*. Ob. cit. p. 141.

<sup>699</sup> GONZÁLEZ, Elvia. *La hermenéutica*. Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 19: “Al ser negado el acceso a los oráculos, a Hermes también se le negó la virtud de predecir la verdad; la verdad no es asunto de Hermes, por tanto no tiene nada que ver con lo que es falso o cierto”.

- BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. Trattato del processo civile. Napoli: Morano, 1958.
- COMOGLIO, Luigi. Riforma processuale i poteri di giudice. Torino: Giappichelli, 1996.
- \_\_\_\_\_. La garanzia costituzionale dell'azione dd il processo civile. Padova: Cedam, 1970.
- DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere. Bologna: Il Mulino, 2005
- DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo galantismo. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffré, 1984
- \_\_\_\_\_. Valori Costituzionali e Cultura Processuale. In *Revista diritto procesuale*, Padova, Cedam, 1984.
- DE SOUSA, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.
- GARCÍA, Juan. Ensayos de filosofía. Bogotá: Temis, 2003.
- GARCÍA, Juan. Interpretación y aplicación de la ley penal. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, 2006,
- \_\_\_\_\_. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? En *Revista Berbiquí*, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Vol. 30, Medellín, Soluciones Editoriales, 2005,
- GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ, Elvia. La hermenéutica. Medellín: Universidad de Medellín, 2005.
- KELSEN, Hans. ¿Qué es Justicia? México: Distribuciones Fontamara, 2001.
- LACHINA, Sergio. Giusto processo, laboriosa utopia. In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, 2005.
- LONDOÑO, Mabel. RAMÍREZ, Diana, MUÑOZ, Alba. La valoración de la conducta. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2007.
- LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2006.
- MEROI, Andrea. Iura novit curia y decisión imparcial. En: *Revista Polémica Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Capítulo Antioquia, No. 6, Medellín, Vieco Editores, 2008.
- PIZZORUSSO Alessandro, VOLPE, Giuseppe, SORRENTINO, Federico y MORETTI, Renato. *Comentario della costituzione. La magistratura*, tomo III, Bologna: Zanichelli, 1992.
- QUINTERO, Beatriz y otro. Teoría general del derecho procesal. Bogotá: Temis, 2008
- RAMÍREZ, Diana. La prueba de oficio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJEA, 1978.

SILVA, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TARUFFO, Michele. ¿Justicia civil, opción residual o alternativa posible? En: *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.

\_\_\_\_\_. La prueba, la verdad y la decisión judicial. En: *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005.

\_\_\_\_\_. Onere della prova. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII. Padova: Cedam, 1979

\_\_\_\_\_. Sobre las fronteras. Bogotá: Temis, 2006.

TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffré Editore, 1974

WRÓBLESKY, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Universidad del País Vasco: Gráficas Gonfer, 1987

WRÓBLESKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZULETA, Estanislao. “Acerca de la ideología” en *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, Cali, Feriva, 1994.

## WEBGRAFÍA

CHARLIONI, Sergio. La reforma del codice processuale civile, In [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc). (consulta en diciembre de 2006).

DAMASKA, Mirjan. Aspectos globales de la reforma del proceso penal” en *Reformas a la Justicia penal en las Américas*, [www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal](http://www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal) (consultada en junio de 2007).

RUIZ, Mario. El mito de la justicia: entre dioses y humanos. En <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf> (consultado en junio 6 de 2008).

## NORMAS UTILIZADAS

Constitución Política de Colombia

Código de Procedimiento Civil colombiano

Constitución Política de Italia.

Ley 270 de 1996 y la modificación de la ley 1285 del 22 de enero de 2009.

SENTENCIAS

Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia T-191/93 de mayo 12 de 1993, M. p. : Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, auto 010/96 de marzo 26 de 1996, M. p. : Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de mayo 24 de 1994, M. p. : José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de abril 11 de 1994, M. p. : Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-446/97 de febrero 18 de 1997, M. p. : Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C-736/02 de septiembre 10 de 2002, M. p. : Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia T-0191/93 de 1993, M. p. : Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Auto 010/96 de 1996, M. p. : Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de 1994, M.p. : José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de 1994, M.p. : Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, radicado 14464, junio 12/05

Corte Constitucional, sentencia C-591/05.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia de 30 marzo de 2006.

## CAPÍTULO 14

# Riflessioni su garantismi e garanzie

Michele Taruffo\*

### 14.1 SIGNIFICATI DI “GARANTISMO”

Qualunque discorso scientifico che pretenda di essere serio deve chiarire nel miglior modo possibile il significato dei termini che usa, e ciò vale in particolare per ogni discorso giuridico e –ancora più specificamente– per ogni discorso che abbia ad oggetto l’amministrazione della giustizia civile.

Il termine “garantismo” è tornato in uso da qualche tempo ma viene spesso impiegato in modo generico e semanticamente ambiguo, provocando confusioni e polemiche molto spesso inutili. Vorrei dunque tentare di precisare quali possono essere i possibili significati del termine.

Un primo significato, assai diffuso e storicamente consolidato, si riferisce ad un atteggiamento favorevole al riconoscimento e all’attuazione delle garanzie fondamentali del processo civile. Questo significato emerge con particolare chiarezza nella scienza processualistica a partire dagli anni ’70. Anche con riferimento alle garanzie del processo che erano state enunciate nelle Costituzioni del 1948, particolarmente in Italia e in Germania, e con l’emergere di una importante giurisprudenza delle Corti Costituzionali, il tema delle garanzie del processo diventa un *Leitmotiv* centrale nella evoluzione della dottrina processualistica. Basta qui ricordare, per rimanere solo nell’ambito della cultura giuridica italiana, le monografie di Comoglio<sup>700</sup> e di Vigoriti<sup>701</sup> sulla garanzia costituzionale dell’azione, il libro di Trocker<sup>702</sup> sulle garanzie costituzionali del processo in Germania, quello di Varano<sup>703</sup> sulla giustizia civile inglese, nonché

---

\* Professore ordinario di Diritto Processuale Civile. Facoltà di Giurisprudenza Università di Pavia (Italia)

<sup>700</sup> Cfr. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione e il processo civile*, Padova 1970.

<sup>701</sup> Cfr. Vigoriti, *garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art.24 della Costituzione*, Milano 1970.

<sup>702</sup> Cfr. Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano 1974.

<sup>703</sup> Cfr. varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*, Milano 1973.

numerosi saggi che qui non possono essere citati analiticamente. Si svolgono inoltre importanti congressi internazionali come quello di Würzburg del 1983, dedicato appunto per intero alle garanzie costituzionali del processo<sup>704</sup>, si raccolgono saggi di studiosi di vari paesi come quelli riuniti nel volume *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*<sup>705</sup>, e si compiono importantissime ricerche come quella sull'*Access to Justice* diretta da Mauro Cappelletti, che ha messo capo a ben sei volumi di contributi che coprono un numero impressionante di problemi trattati con grande approfondimento<sup>706</sup>.

Ricordo questa grande stagione della dottrina processualistica italiana e internazionale sia per sottolineare la fondamentale importanza che essa ha avuto nell'evoluzione dei moderni sistemi di amministrazione della giustizia civile, sia per contrastare la falsa impressione – che può essersi creata negli studiosi più giovani e in quelli meno informati – che le garanzie processuali siano una scoperta abbastanza recente. Non è così: le garanzie fondamentali del processo civile vengono “scoperte”, in Italia come nel resto del mondo – con l'essenziale ausilio del metodo comparatistico – soprattutto negli anni '70 e '80, epoca nella quale in molti paesi anche le Corti Costituzionali continuano ad apportare contributi importanti all'interpretazione e alla realizzazione di queste garanzie. Va poi ricordata l'opera concretizzatrice di corti sovranazionali, come la Corte di Strasburgo, che da tempo va determinando il significato delle garanzie enunciate nell'art.6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Tenendo conto di tutto questo, si potrebbe dire che – forse non tutto – ma molto è stato scritto e deciso intorno al contenuto delle garanzie fondamentali del processo civile. Naturalmente ciò non toglie in alcun modo valore e merito all'atteggiamento “garantista”, che anzi dovrebbe estendersi ulteriormente soprattutto nei paesi dove il “costituzionalismo processuale” è un fenomeno più recente. Tuttavia i riferimenti appena fatti tendono ad evitare che si riscopra per l'ennesima volta la ruota, o – per dirla all'italiana – l'acqua calda, semplicemente per ignoranza di ciò che è già accaduto e sta accadendo da vari decenni. Al più, l'atteggiamento garantista dovrebbe rivolgersi a quelle situazioni nelle quali i discorsi sulle garanzie non mancano ma ne manca un'adeguata attuazione pratica. Su ciò, comunque, tornerò più avanti.

---

<sup>704</sup> Cfr. le relazioni generali pubblicate nel volume *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung – Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, ed.by W.Habscheid, Würzburg 1983

<sup>705</sup> Cfr. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation – Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, ed.by M.Cappelletti and D.Tallon, Milano-New York 1973.

<sup>706</sup> Cfr. *Access to Justice*, voll.I.-VI, Milan-Alphenanderjin 1978.

## 14.2 QUALI GARANZIE

L'imponente movimento garantista che –come ho appena detto –si è sviluppato ed esteso a partire dagli anni '70, ha fatto sì che la dimensione delle garanzie sia ormai da tutti considerata come essenziale sia nella configurazione teorica che nella realizzazione pratica della giustizia civile. Nessuno, oggi, si definirebbe “nemico delle garanzie” o “antigarantista”. D'altronde, autodefinirsi “garantista” non rappresenta un particolare titolo di merito: significa semplicemente riconoscere alle garanzie il ruolo fondamentale che esse svolgono nel sistema della giustizia.

Comunque, il movimento garantista ha portato ad estendere e ad articolare ciò che ora si intende quando si parla di garanzie fondamentali del processo civile. Senza alcuna pretesa di completezza si possono allora indicare così le principali aree nelle quali si fa riferimento alle garanzie:

- garanzie *del giudice*, come l'indipendenza, esterna e interna, e l'imparzialità
- garanzie di *accessodi tutti i cittadini* alla tutela giurisdizionale, eventualmente con la previsione di azioni collettive o di classe e con una effettiva assistenza giudiziaria ai non abbienti
- garanzie *del processo*, che deve essere rapido, semplice ed efficiente
- garanzie *delle parti*, ossia il diritto alla prova diretta e contraria, il contraddittorio effettivo in tutte le fasi del processo e preliminare rispetto alla decisione
- garanzie *della decisione*, come la giustizia e la veridicità del provvedimento, e l'obbligatorietà della motivazione della sentenza
- garanzie di *completezza della tutela*, come la disponibilità di misure cautelari e di forme di esecuzione capaci di assicurare sempre la tutela effettiva dei diritti

Ovviamente l'elenco delle garanzie potrebbe essere più completo e più analitico, ma questi pochi cenni possono essere sufficienti a mostrare che un garantismo *preso sul serio* è un atteggiamento molto impegnativo ed ha un oggetto molto esteso e complesso. Il vero garantista non si accontenta di qualche garanzia scelta a caso: si preoccupa dell'intero *sistema delle garanzie* che debbono sussistere perché si abbia una buona amministrazione della giustizia civile.

A questo proposito vale la pena di sottolineare che un discorso non superficiale sulle garanzie non può limitarsi alla loro identificazione e alla loro enunciazione astratta e teorica, ma va compiuto essenzialmente in termini di *effettività*. Anche questa è una indicazione importantissima che proviene dall'esperienza di cui ho fatto cenno all'inizio: le garanzie fondamentali non debbono essere



soltanto l'occasione per dichiarazioni di principio o per declamazioni retoriche. Esse hanno senso solo se – e nei limiti nei quali – vengono realizzate nei fatti, ossia nella pratica dell'amministrazione della giustizia. Occorre, quindi, che i legislatori articolino la disciplina del processo in modo tale da assicurare la concreta attuazione delle garanzie.

Il discorso di ciò che occorre per l'effettività delle garanzie non può essere svolto qui in modo completo, data la sua enorme complessità. Qualche esempio può però essere utile.

Non è dubbio, come si è detto, che la efficienza del procedimento e la sua rapidità rappresentino una garanzia fondamentale per la parte che deve ricorrere alla tutela giurisdizionale per conseguire l'attuazione di un suo diritto. Si tratta però di vedere se ed in quale modo possa essere assicurata l'efficienza del processo. Tra le condizioni che occorrono perché il procedimento sia efficiente, una riguarda la distribuzione dei poteri che determinano lo svolgersi del processo tra le parti e il giudice. L'esperienza storica e l'analisi comparatistica dimostrano infatti che se l'andamento del processo viene rimesso esclusivamente alle iniziative e al controllo delle parti, è tendenzialmente inevitabile che il processo finisca con l'essere lento ed inefficiente. La spiegazione di questo fenomeno risulta essere abbastanza ovvia: in ogni processo vi è sempre una parte – ossia il debitore che ha torto e lo sa – che ha come interesse primario quello di ritardare il più possibile il momento in cui una sentenza definitiva sarà pronunciata contro di lui e sarà portata ad esecuzione. Se la disciplina del processo glielo consente, costui sfrutterà tutti i mezzi leciti (per non parlare di quelli illeciti, come l'abuso delle attività difensive) per fare in modo che il procedimento duri a lungo, e risulti quindi inefficiente come strumento di tutela del diritto del creditore che ha ragione (e che normalmente ha fretta di ottenere dal processo qualche risultato concreto). In sostanza, in un processo controllato dalle parti i tempi del procedimento sono determinati dalla parte che ha interesse a perder tempo, non dalla parte che ha interesse a guadagnare tempo. Si tratta di cose molto ovvie, come dimostra il fatto che tutte le moderne legislazioni processuali attribuiscono al giudice dei poteri molto ampi di *formelle Prozessleitung* e di *management*, proprio allo scopo di far sì che il giudice – non le parti – assicuri al processo un grado adeguato di efficienza. Per certi aspetti l'esempio più significativo è costituito dalla riforma processuale inglese del 1999: la crisi del processo civile inglese venne affrontata eliminando completamente il sistema *adversarial* che era stato seguito per secoli, e sostituendolo con un nuovo sistema processuale in cui spetta al giudice di stabilire quale tipo di procedimento deve applicarsi in funzione della natura della causa, ed inoltre spetta al giudice il compito di “amministrare” – con adeguati poteri – tutto il corso del processo<sup>707</sup>.

<sup>707</sup> Cfr. Passanante, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in Riv.

Un secondo esempio che merita di essere qui richiamato riguarda la garanzia della giustizia della decisione. Non pare che si possa dubitare del riconoscimento di questa garanzia: i processi non si fanno per lo scopo autoreferenziale di fare processi, ma per lo scopo di produrre decisioni che risolvono controversie. Contrariamente a quello che molti pensano<sup>708</sup>, il contenuto e la qualità delle decisioni che concludono i processi non sono indifferenti o irrilevanti: in ordinamenti nei quali si segue il principio di legalità le controversie vanno risolte *secondo diritto*, ossia attraverso la valida e giustificata applicazione delle norme giuridiche che rappresentano il criterio normativo di decisione della controversia. E' chiaro che la decisione può considerarsi giusta solo se deriva da una corretta applicazione delle norme che regolano il caso, ma l'applicazione di queste norme non è corretta se non avviene in riferimento al verificarsi, nel singolo caso concreto, di fatti corrispondenti a quelli che la norma configura come premesse necessarie perché si producano le conseguenze giuridiche che essa prevede. Per dirla nei termini della dottrina tedesca classica, bisogna che venga accertata una *konkrete Tatbestand* corrispondente alla *abstrakte Tatbestand* prevista dalla norma<sup>709</sup>. Ciò implica, in buona sostanza, che una condizione necessaria di giustizia della decisione è costituita dall'accertamento della verità dei fatti che stanno alla base della controversia<sup>710</sup>: nessuna decisione è giusta –per così dire– se si fonda sui fatti sbagliati. D'altra parte, da tempo si parla di “giusto processo”, di *debido proceso legal*, di *due process of law*, ma pare assai difficile considerare come “giusto” o “dovuto” un processo che sia finalizzato a produrre sistematicamente decisioni ingiuste in quanto fondate su accertamenti erronei o insufficienti dei fatti, o che sia sistematicamente indifferente al contenuto e alla qualità delle decisioni che produce<sup>711</sup>. Vero è che i *veriphobics*<sup>712</sup> sono numerosi, e sono particolarmente numerosi tra gli studiosi del processo civile<sup>713</sup>, ma rimane da dimostrare –appunto– che un buon processo sia quello che può produrre decisioni false ed ingiuste.

Se si riconosce, invece, che un buon processo deve essere orientato anche alla ricerca e alla scoperta della verità dei fatti, essendo questa una condizione

---

*trim.dir.proc.civ.* 2000, p. 1363 ss.; Varano, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir.civ.* 2002, p. 763 ss.; Zuckerman, *Civil Procedure*, London 2002, p. 34 ss.

<sup>708</sup> Per un esame critico di questi orientamenti cfr. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 99 ss.

<sup>709</sup> In argomento v. più ampiamente Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 74 ss.

<sup>710</sup> Per argomentazioni più ampie in proposito cfr. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

<sup>711</sup> Anche a questo proposito v. più ampiamente Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 116 ss.

<sup>712</sup> Intorno alle varie manifestazioni della *veriphobia* cfr., anche per la creazione del termine, Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 7 ss.

<sup>713</sup> Cfr. ad es. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv.dir.proc.* 2010, p. 1 ss.

necessaria perché si attui in concreto la garanzia del diritto ad una decisione giusta, allora è possibile individuare come dovrebbe essere configurato un processo che possa realizzare questa condizione. Un processo capace di svolgere adeguatamente la sua funzione *epistemica* non dovrebbe contenere –come già aveva indicato Jeremy Bentham<sup>714</sup>– norme che escludano l'utilizzabilità di prove rilevanti, per l'ovvia ragione che escludere una prova rilevante significa limitare –o talvolta impedire del tutto– la ricerca della verità. Nella migliore delle ipotesi questa esclusione dovrebbe essere ridotta a poche ipotesi marginali, nelle quali si ritenga (come nel caso delle prove illecite) che l'ordinamento debba tutelare prioritariamente altri valori in conflitto con quello rappresentato dall'accertamento della verità giudiziale<sup>715</sup>. Bisognerebbe poi eliminare le numerose regole di prova legale che ancora permangono in alcuni ordinamenti processuali, per l'ovvia ragione che la regola di prova legale obbliga il giudice a considerare per vero ciò che non si sa se sia vero o falso, e quindi impedisce di accertare la verità effettiva del fatto<sup>716</sup>.

Soprattutto, però, la concezione del processo come attività diretta all'accertamento della verità dei fatti implica il venir meno del monopolio delle parti sulle iniziative istruttorie. Non è sostenibile, infatti, la pur diffusa opinione secondo la quale dalla libera competizione e iniziativa esclusiva delle parti deriverebbe comunque la scoperta della verità dei fatti. Le parti combattono per vincere, e non partecipano ad una disinteressata ricerca della verità dei fatti. Inoltre esse possono avere numerose ragioni per nascondere, manipolare o distorcere la verità, soprattutto quando sanno che essa –se venisse scoperta– sarebbe contraria ai loro interessi. Nulla esclude, d'altra parte, che entrambe le versioni dei fatti allegate dalle parti siano in tutto o in parte false, sicché la scelta operata esclusivamente tra esse non condurrebbe ad alcuna verità<sup>717</sup>.

Queste sono le ragioni, confermate da una vastissima esperienza, per le quali gli ordinamenti processuali moderni hanno seguito una linea di tendenza comune, consistente nell'attribuire al giudice ampi poteri –talvolta, come nell'art.10 del *code de procédure civile* francese– formulati in termini generali– in virtù dei quali il giudice può disporre d'ufficio l'acquisizione di mezzi di prova non dedotti dalle parti. Viene meno, in altri termini, il monopolio delle parti sulle prove che in passato veniva giustificato in base all'esigenza di salvaguardare il dominio esclusivo delle parti sul processo e sulle modalità di accertamento

<sup>714</sup> Sulla concezione benthamiana del diritto delle prove cfr. in particolare Ferrer Beltrán, *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi.benthamiana*, in *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, D.Accatino coord., Santiago, Chile, 2010, p. 3 ss.

<sup>715</sup> In questo senso v. più ampiamente Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 140 ss.

<sup>716</sup> Anche a questo proposito v. Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 160 ss.

<sup>717</sup> V. più ampiamente Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 170 ss.

dei fatti, anche a costo di escludere la scoperta della verità dalle finalità che si assegnavano al processo<sup>718</sup>.

#### 14.3 UN SIGNIFICATO INADEGUATO DI “GARANTISMO”.

Mentre, come si è appena visto, una concezione criticamente fondata del garantismo investe tutto l’articolato e vasto problema delle garanzie processuali, negli ultimi anni è emersa una concezione fortemente riduttiva di ciò che bisognerebbe intendere per “garantismo”. Secondo questa concezione essere garantisti significa essere favorevoli ad un modello accusatorio “puro” di processo nel quale il giudice ha un ruolo essenzialmente passivo, essendo privo –in particolare- di poteri autonomi di iniziativa istruttoria<sup>719</sup>. La ragione principale per cui il giudice dovrebbe essere passivo è che questa sua posizione ne assicurerebbe l’imparzialità, che verrebbe meno –invece- qualora il giudice fosse attivo nell’acquisizione delle prove. Dunque le garanzie di cui si preoccupa questa versione del garantismo sono due: il contraddittorio delle parti, che non dovrebbe essere disturbato in alcun modo dall’”attivismo” del giudice, e l’imparzialità del giudice, che non dovrebbe essere messa in pericolo –anche qui- dall’”attivismo” del giudice stesso.

Su questa concezione vale la pena di fare qualche considerazione.

Anzitutto, può sorprendere una concezione del “garantismo” nella quale si concentra l’attenzione soltanto su due garanzie, trascurando invece tutte le numerose garanzie, come quelle che si sono ricordate in precedenza, la cui attuazione è necessaria perché si abbia un “buon” processo civile. Questa concezione non si occupa, infatti, né delle garanzie di efficienza e di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, né delle garanzie che si riferiscono alla giustizia della decisione. E’ una concezione fortemente riduttiva, dunque, che non tiene conto né della storia né della espansione delle garanzie fondamentali del processo nella maggior parte degli ordinamenti processuali contemporanei.

Anche il modo con cui vengono configurate le due garanzie di cui questa concezione si occupa appare però criticabile.

Anzitutto, non è dubbio –ed è anzi del tutto ovvio- che il contraddittorio delle parti sia una garanzia fondamentale del processo. Ciò che non è affatto ovvio, invece, è che per attuare questa garanzia occorra costruire un modello di

<sup>718</sup> Per una più ampia analisi storica e comparatistica v. Taruffo, *Poderes probatorios de la partes y del juez en Europa*, in Id., *La prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2008, p. 159 ss.

<sup>719</sup> Questo modello di processo non è affatto il solo modello di processo accusatorio: il processo accusatorio può infatti includere l’attuazione delle garanzie fondamentali e può anche essere orientato verso l’accertamento della verità. In questo senso v. le argomentazioni svolte in Taruffo, *Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio*, in *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá 2009, p. 604 ss., 608 ss.

processo integralmente accusatorio, ed occorra quindi un sistema processuale il cui funzionamento sia affidato esclusivamente alla libera iniziativa delle parti e il giudice non abbia alcun ruolo “attivo”<sup>720</sup>. I poteri dal cui esercizio dipende lo svolgimento del processo non rappresentano –infatti– una specie di torta destinata ad essere divisa tra le parti e il giudice, con la conseguenza che ogni attribuzione di questi poteri al giudice implicherebbe una corrispondente riduzione dei poteri delle parti, e dunque una violazione dei loro diritti di azione e di difesa<sup>721</sup>. Neppure è vero che il solo modo per attuare integralmente questi diritti consista nel ridurre il giudice nel famoso ruolo del “convitato di pietra”. L’esperienza della maggior parte degli ordinamenti processuali contemporanei è chiaramente e indubitabilmente in senso opposto: in essi si tende a realizzare con la maggiore intensità possibile tutti i diritti processuali delle parti (dal principio dispositivo al diritto alla prova e alla partecipazione delle parti ad ogni fase del processo, sino alla realizzazione del contraddittorio preventivo su ogni questione rilevante per la decisione), ma questa tendenza non entra affatto in conflitto con l’attribuzione al giudice di ampi ed intensi poteri di *management* del processo. Semplicemente, si mira a rendere effettivo il contraddittorio delle parti anche e specialmente quando il giudice esercita i poteri d’ufficio che la legge gli attribuisce. Quindi, il riferimento al processo accusatorio risulta sensato se con esso si allude ad un processo in cui la garanzia del contraddittorio sia davvero attuata, ma non ha senso se con esso si intende far riferimento ad un tipo di processo in cui il giudice non svolge alcun ruolo effettivo.

Non va poi trascurata la considerazione che –come si è visto in precedenza– un processo il cui funzionamento sia rimesso esclusivamente all’iniziativa delle parti finirebbe inevitabilmente con l’essere lungo e complicato, e quindi inefficiente: verrebbe così violata un’altra fondamentale garanzia, ossia la possibilità di tutti i cittadini di ottenere una tutela giurisdizionale *effettiva* dei loro diritti.

Un argomento analogo può essere riferito al tema dei poteri istruttori del giudice. Neppure i poteri istruttori sono una torta che deve essere divisa tra parti e giudice, in modo che per salvaguardare i poteri delle parti bisognerebbe ridurre a zero la “fetta” del giudice<sup>722</sup>. Il diritto alla prova (diretta e contraria), che comunemente si riconosce alle parti come manifestazione essenziale delle garanzie dell’azione e della difesa, non entra in conflitto con i poteri istruttori che si attribuiscono al giudice: il diritto alla prova delle parti può dunque trovare la sua massima attuazione anche quando il giudice dispone di poteri istruttori

<sup>720</sup> Ometto deliberatamente ogni riferimento alla diffusa contrapposizione tra processo accusatorio e processo inquisitorio, essendo convinto che questa contrapposizione è priva di senso, e quindi non dovrebbe essere presa in considerazione. Per le ragioni di questo orientamento cfr. Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 597 ss.

<sup>721</sup> Più ampiamente a questo proposito cfr. Taruffo, *Los poderes*, cit., p. 179 ss.

<sup>722</sup> Cfr. Taruffo, *ibidem*.

autonomi. In questo caso l'unica condizione necessaria è che le parti possano esercitare i loro diritti anche a proposito dei poteri istruttori del giudice, ad esempio deducendo prove contrarie a quelle disposte dal giudice o eccependo l'irrelevanza o l'inammissibilità di esse<sup>723</sup>. E' chiaro, d'altronde, che se il giudice dispone una prova d'ufficio non limita in alcun modo il diritto delle parti di servirsi di tutte le prove di cui dispongono: la prova disposta dal giudice non fa altro che aggiungersi alle prove dedotte dalle parti.

Anche a questo proposito si può poi aggiungere che un processo nel quale il giudice non disponesse di alcun potere di iniziativa istruttoria sarebbe con ogni probabilità incapace di realizzare la garanzia di giustizia e veridicità della decisione di cui si è parlato in precedenza, se è vero –come si è detto– che la sola competizione delle parti non è in grado di assicurare che tutte le prove rilevanti siano davvero acquisite al giudizio, e che quindi si possa sempre conseguire la migliore approssimazione alla verità dei fatti.

Per altro verso, anche l'argomento secondo il quale la passività del giudice sarebbe una condizione necessaria e sufficiente per garantirne l'indipendenza e l'imparzialità di giudizio appare sostanzialmente assai debole, benchè sia piuttosto diffuso nella dottrina processualistica<sup>724</sup>. In realtà, infatti, la connessione tra passività e imparzialità del giudice non è né necessaria né sufficiente, e di fatto non esiste.

Questa connessione non è necessaria perché non è affatto dimostrato che se il giudice non è passivo allora non può essere imparziale e non può valutare correttamente le prove che egli stesso ha disposto. Se così fosse, bisognerebbe dire che lo storico non è in grado di valutare correttamente i documenti che egli stesso ha ricercato e scoperto, o che lo scienziato non è in grado di valutare i risultati degli esperimenti che egli stesso ha programmato e compiuto: un discorso di questo genere sarebbe assurdo, ed infatti nessuno lo propone. Allora non si comprende, però, perché esso debba valere per il giudice, senza dimostrazione alcuna e come se si trattasse di cosa del tutto ovvia. E' lecito, pensare, al contrario, che il giudice sia perfettamente in grado –ad esempio– di valutare la credibilità del testimone che egli stesso ha chiamato a deporre o l'autenticità del documento di cui ha disposto la produzione, non diversamente da quanto accade quando si tratta di prove dedotte dalle parti<sup>725</sup>. Quanto meno, questa pretesa

<sup>723</sup> Cfr. ad esempio l'art.421 comma 2 del cod.proc.civ. italiano, che attribuisce al giudice del lavoro estesi poteri di iniziativa istruttoria, ma prevede anche che quando il giudice li esercita deve consentire alle parti, in base all'art.420 comma 6, di "dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi".

<sup>724</sup> Per una chiarissima esposizione di questa concezione cfr. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Id., *Problemi del processo civile*, Napoli s.d. (ma 1962) p. 3 ss.

<sup>725</sup> In proposito v. più ampiamente Taruffo, *op. ult.cit.*, p. 182.

incapacità del giudice di valutare correttamente le prove andrebbe dimostrata, ma non risulta che nessuno lo abbia mai fatto<sup>726</sup>.

La connessione di cui parliamo non è, inoltre, sufficiente perché la passività del giudice non è in grado di assicurarne l'imparzialità. Il giudice passivo può essere parziale, infatti, tutte le volte che intende favorire una parte a danno dell'altra, ed ha molti modi per farlo lungo tutto lo svolgimento del processo. In particolare, il giudice può essere parziale anche quando è rimasto del tutto passivo, non ha disponento d'ufficio alcuna prova e valuta le prove dedotte dalle parti: anche rispetto alla prova offerta da una parte, infatti, il giudice può distorcere la propria valutazione a favore di questa parte o dell'altra.

Più in generale, poi, è evidente che il concetto di imparzialità non implica affatto che debba mantenere un comportamento passivo il soggetto che deve prendere una decisione in modo imparziale: al contrario, l'imparzialità è un atteggiamento che può caratterizzare un comportamento attivo. In particolare, l'imparzialità è una caratteristica di ogni soggetto che –come il giudice– è interessato alla scoperta non distorta e non manipolata della verità<sup>727</sup>. Di conseguenza, si può ben dire che non esiste alcuna connessione tra la passività del giudice rispetto alle prove e la necessaria attuazione della garanzia relativa alla sua imparzialità<sup>728</sup>.

Ciò consente di dire che le tesi che talvolta si incontrano, per cui ad esempio “garantismo” e “attivismo” sarebbero incompatibili, poiché chi è “attivista” (ossia favorevole all'attribuzione al giudice di poteri istruttori) non potrebbe essere “garantista”, non sono altro che forzature polemiche fondate su un equivoco. L'equivoco è, in realtà, un circolo vizioso: se si riduce il garantismo all'idea per

<sup>726</sup> La mancanza di questa dimostrazione fa cadere il principale argomento addotto da Liebman, *op. cit.*, p. 12 s., a sostegno del principio dispositivo in materia di prove. Liebman qualifica questo principio come principio tecnico, finalizzato appunto ad assicurare l'imparzialità del giudice. Tuttavia, le norme tecniche possono essere falsificate quando risulta che la condotta prescritta non è in grado di assicurare il risultato che si vorrebbe conseguire (cfr. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa 2008, p. 95 ss., 148 ss.). Non essendo dimostrato che il monopolio delle parti assicura l'imparzialità del giudice, il principio che esclude l'attribuzione di poteri istruttori al giudice stesso risulta privo di giustificazione razionale.

<sup>727</sup> Nel senso che l'imparzialità è un criterio di verità intrinseco alla elaborazione del giudizio e un connotato della posizione attiva di chi formula un giudizio, cfr. Trujillo, *Imparzialità*, Torino 2003, p. 50. Nel senso che l'imparzialità del giudice configuri una garanzia essenziale dello Stato di diritto, ma non implichi affatto la passività del giudice, v. ampie argomentazioni in Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá 2009, p. 91 ss., m 102 ss. 137 ss.

<sup>728</sup> In questo senso v. in particolare l'art.10 del *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*, secondo il quale “El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados”. Cfr. Atienza, *La Imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*, in *La imparcialidad judicial*, Madrid 2009, p. 170, 178.

cui il giudice dovrebbe essere passivo, allora è chiaro che chi non è a favore della passività del giudice non è garantista *in quel senso*. Questa, però, è una tautologia che non dimostra nulla, e tanto meno dimostra la validità della concezione impropria e riduttiva del garantismo che qui si è criticata<sup>729</sup>.

#### 14.4 QUALE CRISI DELLA GIUSTIZIA CIVILE?

In quasi tutti gli ordinamenti processuali attuali si sente parlare di crisi della giustizia civile, ma spesso si tratta di discorsi generici, che si riferiscono a realtà molto diverse da un sistema all'altro. Così, ad esempio, è lecito parlare di crisi se –come accade in Italia- il processo dura vari anni prima di metter capo ad una sentenza definitiva, mentre in altri Paesi –come ad esempio la Germania- in media il processo civile di primo grado dura solo alcuni mesi. D'altra parte, vi sono ordinamenti, come quello inglese e quello spagnolo, che hanno reagito alle disfunzioni della giustizia civile riformando completamente la disciplina del processo, e ottenendo in questo modo rilevanti risultati positivi. Ciò significa che di crisi della giustizia civile si può propriamente parlare solo prendendo in considerazione i singoli ordinamenti, verificando con statistiche giudiziarie attendibili il funzionamento effettivo del processo civile, e controllando anche se vi sono state riforme processuali e se hanno avuto risultati positivi. Dove la crisi perdura, il problema principale consiste nell'analizzarla a fondo e nel comprenderne le ragioni, al fine di predisporre rimedi efficaci.

Un'analisi di questo genere non è evidentemente possibile in questa sede. Tuttavia le considerazioni svolte nelle pagine che precedono consentono di individuare qualche aspetto di una nozione generale –ma non eccessivamente generica- di crisi della giustizia civile.

Spesso si legge e si sente dire che la ragione principale della crisi consiste nella durata eccessiva del processo e nel fatto che spesso il rimedio giurisdizionale giunge troppo tardi rispetto alle esigenze reali di tutela: *justice delayed is justice denied*. Non è dubbio, in realtà, che una giustizia che giunge troppo tardi sia sostanzialmente inutile e non rappresenti una tutela efficace dei diritti. Tuttavia, pare semplicistico e riduttivo concentrare solo sulla durata eccessiva del processo tutte le ragioni di crisi della giustizia civile, benchè questa sia –ovviamente- una ragione di crisi molto importante.

<sup>729</sup> Se è consentita una nota personale, chi scrive vorrebbe rivendicare qui la prospettiva scientifica che ha seguito, cercando di essere coerente, in tutta la sua vita di studioso, e che è stata e rimane fondata –nello stesso momento- sul favore incondizionato per l'attuazione *effettiva* di tutte le garanzie fondamentali del processo, e sul favore per una funzione attiva del giudice nella guida del processo e nell'acquisizione delle prove, come strumento essenziale per un processo efficiente e per decisioni giuste. Tra questi due orientamenti non vi è alcuna contraddizione: semplicemente si tratta di aspetti complementari di una concezione unitaria del processo civile moderno.



Riprendendo qui il discorso appena svolto sulle garanzie fondamentali del processo, si potrebbe dire infatti che vi è crisi *tutte le volte e nella misura in cui queste garanzie non vengono attuate nella realtà pratica*. In questo modo la durata eccessiva del processo si configura certamente come una ragione importante di crisi, in quanto implica la violazione della garanzia *del processo* costituita dalla rapidità, dalla semplicità e dall'efficienza del procedimento. Poiché, come pure si è già visto, occorre che la garanzia della tutela giurisdizionale sia *effettiva*, è chiaro che la durata eccessiva del procedimento produce una *crisi di effettività* del sistema processuale.

Vi sono, tuttavia, altre ragioni di crisi derivanti dalla violazione o dalla mancata attuazione delle garanzie fondamentali. Così, ad esempio, si può parlare di crisi se non vengono di fatto assicurate le garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice: un processo rapido che tuttavia si svolge di fronte ad un giudice non indipendente o non imparziale, o in un sistema in cui in generale i giudici non sono indipendenti ed imparziali, è evidentemente un processo in crisi perché non assicura una tutela effettiva dei diritti basata su una corretta applicazione della legge.

Ancora: certamente si può parlare di crisi della giustizia civile se non è assicurata a tutti i cittadini (anche in ragione delle loro condizioni economiche) la piena ed effettiva possibilità di far valere in giudizio i loro diritti. Un sistema nel quale l'accesso alla tutela giurisdizionale sia negato *de jure* o *de facto*- a singoli o a gruppi o classi di cittadini soffre evidentemente di una crisi profonda, anche se –per chi può servirsene- il processo fosse efficiente<sup>730</sup>. La tutela giurisdizionale è un diritto di tutti, non è un privilegio per i pochi che hanno le risorse necessarie per servirsene. Ogni soggetto che ha un diritto da far valere, ma non ha la concreta possibilità di farlo, rappresenta un *punto di crisi* del sistema.

Ancora: se vengono violate o non vengono compiutamente assicurate le garanzie fondamentali delle parti, come il diritto alla prova e il contraddittorio, si può certamente parlare di crisi del sistema processuale per la banale ragione

<sup>730</sup> Evitare che si celebrino molti processi, impedendo in vario nodo che numerosi cittadini si rivolgano ai tribunali per la tutela dei loro diritti, costituisce un rimedio spesso usato per tentare di porre rimedio alle disfunzioni del processo giurisdizionale. Si spiega in questo modo, ad esempio, la tendenza diffusa in molti ordinamenti a far sì che i cittadini cerchino di risolvere le loro controversie fuori dalla giurisdizione, ossia con i c.d. metodi alternativi di risoluzione delle controversie (come la mediazione e l'arbitrato). In proposito non si può svolgere qui un'analisi adeguata, ma va sottolineato che in questo modo lo Stato tenta di indurre i cittadini a rinunciare alle garanzie della tutela giurisdizionale che rimangono pur sempre le condizioni fondamentali per l'amministrazione della giustizia in un sistema ispirato al principio di legalità. Va invece riaffermato il principio per cui lo Stato deve comunque assicurare a tutti i cittadini un effettivo accesso alla tutela giurisdizionale, essendo essa la *vera alternativa* per la protezione e l'attuazione integrale dei diritti (in proposito v. più ampiamente Taruffo, *Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos*, in Taruffo-Ibañez-Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid 2009, p. 97 ss.

che un processo nel quale questi diritti non vengono garantiti è certamente un “cattivo” processo. Un processo semplice e rapido in cui però vengono violati i diritti delle parti non è certamente un “buon” processo. Questa affermazione è tanto ovvia che non ha bisogno di ulteriore giustificazione, ma è utile ricordare che tutte le garanzie hanno un costo in termini di tempo, denaro e attività processuali, ma che la pretesa “economia processuale” (ora molto di moda) non può essere realizzata azzerando le garanzie delle parti.

Analogamente, si può dire che un sistema processuale è in crisi se non assicura la completezza della tutela. Pare evidente che se non esistono efficaci misure cautelari, con la conseguenza che il diritto bisognoso di tutela rimane insoddisfatto o violato per il tempo (solitamente lungo) che occorre per ottenere una sentenza definitiva, di fatto si ha una pessima tutela giurisdizionale dei diritti. Una considerazione simile vale quando non esistono strumenti esecutivi idonei ad assicurare di fatto l’adempimento di tutte quelle prestazioni che occorrono per ricostituire la situazione giuridica violata: se anche si giungesse velocemente ad una sentenza definitiva di condanna, ma questa rimanesse una pura affermazione teorica senza effetti pratici a fronte dell’inadempimento del debitore, non si avrebbe una giustizia effettiva.

*Last but not least*, si può parlare di crisi della giustizia civile quando non vengono attuate quelle che in precedenza si sono indicate come *garanzie della decisione*. Se, infatti, il sistema non è in grado di assicurare che il processo si concluda con una decisione giusta, si tratta certamente di un sistema in crisi, poiché non è capace di garantire la legalità nella soluzione delle controversie. In particolare, non si può parlare di un processo efficiente –né di un processo “giusto”- se la relativa disciplina è strutturata in modo tale da rendere difficile –o addirittura impossibile- l’accertamento della verità dei fatti. E’ chiaro che una decisione che giunge magari in poco tempo ma è arbitraria, erronea in diritto e non veritiera nei fatti, determina un altro importante punto di crisi nel funzionamento di un sistema processuale.

In sintesi: un buon modo per riempire di significato l’espressione “crisi della giustizia civile” consiste nel prendere in considerazione ogni sistema concreto (nelle sue regole e nella sua attuazione pratica) e nel metterlo a confronto con il sistema delle garanzie. La distanza tra i due termini del confronto, ossia la misura in cui il sistema processuale in questione *non* soddisfa le garanzie fondamentali, determina l’intensità della crisi che caratterizza quel sistema. L’aspetto positivo del confronto può essere però nel fatto che la considerazione precisa delle modalità e delle ragioni per cui un sistema processuale non soddisfa tutte le garanzie fondamentali può indicare anche le prospettive e le modalità con cui la crisi potrebbe essere risolta.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Atienza, *La Imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Etica Judicial*, in *La imparcialidad judicial*, Madrid 2009, p. 170, 178.
- Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970.
- Ferrer Beltrán, *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, D.Accatino coord., Santiago, Chile, 2010, p. 3 ss.
- Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 7 ss.
- Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa 2008, p. 95 ss., 148 ss
- Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv.dir.proc.* 2010, p. 1 ss.
- Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Id., *Problemi del processo civile*, Napoli s.d. (ma 1962) p. 3 ss.
- Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá 2009, p. 91 ss.,m 102 ss.137 ss.
- Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 74 ss.
- Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.
- Taruffo, *Poderes probatorios de la partes y del juez en Europa*, in Id., *La prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2008, p. 159 ss.
- Taruffo, *Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio*, in *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá 2009, p. 604 ss., 608 ss.
- Taruffo, *Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos*, in Taruffo-Ibañez-Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid 2009, p. 97 ss.
- Trujillo, *Imparzialità*, Torino 2003, p. 50.
- Vigoriti, *garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art.24 della Costituzione*, Milano 1970.
- Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano 1973.
- Cfr. le relazioni generali pubblicate nel volume *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung – Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, ed.by W.Habscheid, Würzburg 1983
- Cfr. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation – Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, ed.by M.Cappelletti and D.Tallon, Milano-New York 1973.
- Cfr. *Access to Justice*, voll.I.-VI, Milan-Alphenanderjijn 1978.
- Cfr. Passanante, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2000, p. 1363 ss.; Varano, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv.dir.civ.* 2002, p. 763 ss.; Zuckerman, *Civil Procedure*, London 2002, p. 34 ss.

## CAPÍTULO 15

# La función del juez en una sociedad democrática

*Juan Morales Godo\**

### 15.1 INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la función que le corresponde a los jueces en una sociedad democrática?, es una interrogante que nos motiva a indagar sobre las bases del sistema democrático y el papel que le corresponde a cada una de las funciones en las que se divide el poder, especialmente, en lo relativo a la función de los jueces y los legisladores. Encontraremos que la división de funciones que bosquejaron, tanto Locke como Montesquieu, para garantizar el ejercicio democrático del poder, se ha convertido en la estructura básica de todo sistema democrático hasta la actualidad.

Sin embargo, la preponderancia de alguna de las funciones ha variado con el transcurrir de los tiempos. En efecto, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y en ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez en el Estado democrático liberal primigenio se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, por un buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del derecho y al método de interpretación exegético.

---

\* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; profesor de la Facultad de Derecho y Coordinador de la Maestría en Derecho Procesal en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Profesor de la Academia de la Magistratura; magíster en Derecho Civil y candidato a doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se genera el denominado Estado de derecho, que no viene a ser sino el sometimiento de los hombres al derecho, y el derecho eran las leyes. Sin embargo, el Estado de derecho tradicional se convirtió en una formalidad, de tal manera que los legisladores le otorgaban los contenidos más diversos y, en algunos casos, arbitrarios, sin respeto alguno por la norma suprema, como es la Constitución Política.

En Europa continental se está produciendo una transformación en la comprensión del derecho, acercándose el sistema basado en las normas, al sistema del *common law*, que tiene una concepción del derecho más abierta a la cultura y gira alrededor de la Constitución. El poder discrecional del juzgador que caracteriza al sistema del *common law*, está penetrando en el sistema europeo continental a través de la argumentación jurídica, y sustentado en la interpretación de las normas constitucionales, lo que ha determinado que a esta corriente se le denomine el neoconstitucionalismo.

La corriente del neoconstitucionalismo le otorga al juez una posición singular dentro de la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa, ahora, vienen sometidas a un ejercicio de validación constitucional por parte de los jueces. Las normas, se entiende, no son algo acabado que el operador aprehende para luego aplicarlo a la realidad mecánicamente, sino el operador se convierte en el último momento, a través de la interpretación y, por lo tanto, le otorga el contenido definitivo cuando lo aplica a un caso concreto de la realidad.

El juez, así, se convierte en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## 15.2 CONCEPCIONES DEL JUEZ Y DE LA JUDICATURA EN LOS MODELOS CLÁSICOS.

### 15.2.1 *El Juez en las concepciones del Estado liberal revolucionario*

Recurrimos a los textos de dos de los clásicos más renombrados, donde podemos encontrar los lineamientos básicos y estructurales de la clásica división de funciones que implica una sociedad democrática. Nos referimos a John Locke y a Montesquieu. Como señala Haberle, ... los textos de los clásicos son un modo y una figura especialmente cercanos al ciudadano, por la cual éste puede conocer su Constitución. Una frase de Montesquieu o de J. Locke, o bien de Friedrich

Schiller, sobre la división de poderes o la libertad, o de G.E. Lessing, sobre la tolerancia, comunican mejor al ciudadano su Constitución y le dan un fundamento más profundo que el que pueda proporcionarle un manual especializado, por importante que sea<sup>731</sup>.

#### 15.2.1.1 El pensamiento de John Locke

El pensamiento de Locke parte de considerar que el ser humano en estado de naturaleza es libre. Puede adoptar las determinaciones que considere pertinentes sin estar sometido o subordinado a otro poder que no sea él mismo. Sin embargo, como este estado de naturaleza es común a todos los hombres, tanto su libertad, como sus posesiones se ven en peligro por la falta de seguridad, ya que no existe un poder superior a ellos, al cual se someten para regular el ejercicio de la libertad individual.

El ser humano renuncia a ese estado de naturaleza, por las siguientes razones: A) Falta de una ley, conocida por todos, al cual se someten en aras de una convivencia pacífica. No es suficiente la ley natural, la cual puede ser dejada de lado cuando se trata de intereses particulares. B) Falta de un juez público e imparcial, que resuelva los conflictos derivados del incumplimiento de las leyes establecidas. C) Falta de un poder que dé fuerza a las sentencias dictadas por los jueces, a efectos de que se ejecuten debidamente.

Es por eso que los hombres renuncian a ese imperio individual y prefieren entrar en sociedad, sometiéndose a un Estado, donde existirán reglas que regulen la conducta de los seres humanos, que permitirán brindar seguridad a sus integrantes, protegiendo sus vidas, libertades y posesiones, lo que Locke denomina propiedad.

Cuando entra en sociedad, el ser humano abandona el estado de naturaleza que le brindaba dos poderes: A) La absoluta libertad para desenvolverse, que es reemplazada por las leyes que limitan su libertad, en aras de brindarle seguridad a él mismo, así como al grupo humano. Esta regulación le compete a la función legislativa. B) Renuncia por completo al poder de castigar, y sus fuerzas son destinadas a la función ejecutiva, a efectos de lograr los objetivos comunes de los miembros, como la seguridad y la prosperidad, lo cual no sólo es necesario, sino justo, ya que todos los miembros hacen lo mismo.

#### a) Del alcance del poder legislativo

El poder legislativo se convierte en el primer poder del Estado, porque es el que está facultado para dictar las leyes que son necesarias para garantizar a los hombres el disfrute de sus propiedades en paz. Es el poder que debe preservar

<sup>731</sup> HABERLE, Peter. "El Estado Constitucional". Fondo Editorial de la PUCP y Universidad Autónoma de México. Lima-México. 2003. p. 48.

a la sociedad, por ello se convierte en el poder supremo del Estado. La ley se legitima con base en el poder concedido por la mayoría a los elegidos como integrantes del poder legislativo.

Sin embargo, el poder que se concede al legislativo no puede generar el uso arbitrario que perjudique los intereses y derechos de los ciudadanos. Este inmenso poder está limitado a procurar el bien público de la sociedad.

De otro lado, la autoridad legislativa no puede gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que debe administrar justicia, decidiendo sobre los derechos de los súbditos, guiándose por las leyes preestablecidas y sirviéndose de jueces autorizados. No se puede gobernar sin leyes establecidas, porque ello puede propiciar un poder arbitrario y absoluto, que ponga al hombre en una situación peor a la del estado de naturaleza.

Tampoco puede este poder supremo apoderarse de las propiedades de los hombres sin su consentimiento, toda vez que la razón de los gobiernos es la preservación de la propiedad de los hombres. Es un error pensar que el poder legislativo pueda hacer lo que quiera, perjudicando los derechos de los miembros de la sociedad. El Estado, más bien, debe garantizar la propiedad de los ciudadanos.

El poder que se confiere al legislativo es intransferible. No se puede delegar esta facultad de dictar las leyes a otros hombres que no sean los elegidos por los ciudadanos.

#### **b) De la división y subordinación de los poderes del Estado**

Se ha indicado que el poder legislativo concentra el gran poder de hacer las leyes que deben cumplir todos los ciudadanos. Este poder de dictar las leyes es incompatible con el poder de ejecutar las mismas, por ello se torna necesario que sean otros hombres los encargados de ejecutarlas. De esta manera, se evitan los conflictos de intereses que podrían producirse si es que los que dictan las leyes son, a su vez, los encargados de ejecutarlas. Surge, en consecuencia, el poder ejecutivo, como entidad separada del poder legislativo.

De la misma forma, señala Locke, existe otro poder que se encarga de la seguridad y de los asuntos exteriores, con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde fuera. Sin embargo, este poder es difícil concederlo a otras personas distintas del ejecutivo, porque para ambos se requiere de la fuerza de la sociedad. Esta fuerza de la sociedad (fuerza pública) es una y no puede estar en distintas manos, porque ello ocasionaría el desorden<sup>732</sup>.

<sup>732</sup> Nótese que en el pensamiento de Locke no se describe la existencia de la función de decidir las controversias como un poder del Estado, ni como una función independiente del Ejecutivo. Como veremos posteriormente, cuando revisemos el pensamiento de Montesquieu, le corresponde a él, el considerar la función jurisdiccional como independiente, autónoma, de las otras funciones del Estado.

### 15.2.1.2 Montesquieu. “Del Espíritu de las Leyes”<sup>733</sup>

a) Montesquieu, considera que cada pueblo tiene las formas de gobierno y las leyes que son propias a su idiosincrasia y trayectoria histórica, y no existe un único parámetro desde el cual juzgar la bondad o maldad de sus cuerpos legislativos. A cada forma de gobierno le corresponden determinadas leyes, pero tanto, éstas como aquéllas están determinadas por factores objetivos tales como el clima y las peculiaridades geográficas que, según él, intervienen tanto como los condicionantes históricos en la formación de las leyes. No obstante, teniendo en cuenta dichos factores, se puede tomar el conjunto del corpus legislativo y las formas de gobierno como indicadores de los grados de libertad a los que ha llegado un determinado pueblo.

El ideal político que defiende es el de la consecución de la máxima libertad, aunada a la necesaria autoridad política. Rechaza abiertamente las formas de gobierno despóticas. Pero, para garantizarla al máximo, Montesquieu, considera que es imprescindible la separación de poderes. Muy influenciado por Locke, desarrolla la concepción liberal de éste, y además de considerar la necesidad de separar el poder ejecutivo del poder legislativo, piensa que también es preciso separar el poder judicial. Esta separación de los tres poderes ha sido asumida y aplicada por todos los gobiernos democráticos posteriores<sup>734</sup>.

b) Concibe la existencia de tres gobiernos distintos: el republicano, el monárquico y el despótico. Cuando el pueblo entero es en la República dueño del poder soberano estamos ante una democracia, cuando está en manos de una parte se trata de una aristocracia; en un Estado despótico el poder se concentra en una sola persona; él es todo y los demás no son nada.

## 15.2.2 *La función del juez en el common law*

### 15.2.2.1 El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política

La importancia de la función judicial en el sistema norteamericano es enorme, y el ejercicio de la misma constituye un verdadero poder político. El poder del juez no tiene parangón en otro sistema. Los problemas sociales más trascendentes pasan por las decisiones de los jueces. Por ello se afirma, con acierto, que el juez es uno de los primeros poderes políticos de dicho país<sup>735</sup>.

<sup>733</sup> MONTESQUIEU. “Del Espíritu de las Leyes”. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1987. Capp. II,VI y XI.

<sup>734</sup> MONTESQUIEU. “Del Espíritu de las Leyes”. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1987. p. 14.

<sup>735</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. “La Democracia en América”. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. p. 106.



Entre las características destacadas a la función judicial, se señalan las siguientes: (i) servir de árbitro, porque tiene lugar -y es condición indispensable- cuando existe un litigio; (ii) pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales, porque cuando un juez decide una cuestión particular destruye un principio general; (iii) no poder actuar más que cuando se acude a él, esto es, cuando se le somete una causa, porque la función judicial carece de acción, es decir, es necesario ponerla en movimiento para que actúe<sup>736</sup>.

Las características antes mencionadas han sido conservadas como notas distintivas de la función judicial. Sin embargo, la importancia de su relevancia radica en que los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución, antes que sobre las leyes. Es decir, se faculta la posibilidad de inaplicar leyes que son inconstitucionales. Dicho reconocimiento descansa en el principio mismo de las Constituciones norteamericanas.

Dicha potestad ha permitido que la función judicial tenga un inmenso poder político. Sin embargo, entendido en sus correctos términos, dicha potestad no permite “atacar” las leyes, sino a través de los medios judiciales y no en forma abstracta. De ocurrir esto último, se hubiera generado una continua censura al legislador, situación que podría degenerarse en un contexto de escena política. Por ello, cuando el juez “ataca” una ley, sólo tiene por objeto lesionar un interés individual y la ley es “herida” de manera referencial.

Tocqueville, cuando se refiere a la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, hace mención a ciertos aspectos concretos, así como hace una breve referencia a la historia de dicha Constitución y las atribuciones del gobierno federal.

Al tratar el tema de los poderes federales, menciona al poder legislativo, haciendo referencia a la división del cuerpo legislativo en dos ramas; las diferencias en la manera de conformar las dos cámaras; la manifestación del principio de la independencia de los Estados en la formación del Senado; el dogma de la soberanía nacional en la composición de la Cámara de Representantes; los efectos de dichos aspectos en la formación de la Constitución americana; y, algunas diferencias entre el Senado y la Cámara de Representantes.

Respecto de los tribunales federales, el autor pone de relieve la importancia política de la función judicial en los Estados Unidos; la organización de la función judicial estatal; la diferencia que existe entre las cortes de justicia americanas y otras que podemos conocer; la manera de fijar la competencia de dichos tribunales; los diferentes casos de jurisdicción y las consecuencias de ello; la manera

---

<sup>736</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. Op. Cit. pp. 106-107.

de proceder de los tribunales federales; el papel e importancia que juega la Suprema Corte entre los grandes poderes del Estado.

### 15.2.2.2 *La judicial review en los Estados Unidos de Norteamérica*

En este punto es pertinente destacar que la posición del juez en relación con el derecho aparece originariamente configurada, más que conforme a los resultados de una profunda investigación de teoría de la interpretación, en función de la evolución de la doctrina constitucional y de la distribución de poderes.

Con el célebre caso *Marbury contra Madison*, en 1803, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos inaugura la *judicial review* de la constitucionalidad. Cada juez, y ello incluye al Tribunal Supremo, juzga sobre la conformidad de las leyes, los precedentes y el derecho en general con la Constitución. Es la función máxima de la función jurisdiccional, lo que le otorga un poder inusitado, por encima de las otras funciones. El papel del juez y su relación con la ley hacen que, inevitablemente, aquél intervenga permanentemente en las cuestiones políticas, porque todo problema político se convierte en una controversia judicial. Sin embargo, todos los casos, sean constitucionales u ordinarios, obligan a que el juez haga un ejercicio de interpretación teniendo como referente la Constitución. Siendo así, el juez se ubica como un verdadero intérprete de los valores que la sociedad quiere privilegiar y que trasuntan la Constitución. La interpretación hace que las normas se flexibilicen en función a las realidades y a los valores, lo que abre camino a un papel creativo e integrador<sup>737</sup>.

## 15.3. EL JUEZ Y LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO PRESENTE

### 15.3.1 *Los nuevos roles que plantea el neoconstitucionalismo*

En el mundo jurídico europeo se está produciendo una gran transformación en el enfoque general del derecho y la función social que éste debe cumplir. El cambio fundamental gira alrededor del cuestionamiento a lo que tradicionalmente se ha denominado Estado de derecho. Esta es una noción que ha causado arraigo, que se prolonga hasta nuestros días, exitosa, porque implica el sometimiento del Estado al derecho. Sin embargo, esta noción es muy amplia, se le pueden dar -y de hecho así ha ocurrido- diversos contenidos. La realidad, que está circunscrita por intereses, se ha encargado de otorgar los más diversos contenidos, porque traduce finalmente la relación entre el poder y el derecho.

Desde los contenidos más apreciables, donde rescatamos la lucha contra la arbitrariedad en busca de la seguridad jurídica, hasta aquellos que consideraron que se trataba de una mera concepción formal, al cual le podríamos otorgar

<sup>737</sup> TARUFFO, Michele. "La Ley y el Juez en el Rule of law y en el Constitucionalismo Americano", en "La Experiencia Jurisdiccional". Madrid-España. 1998. pp. 91-92.

contenidos deleznable, algunos Estados totalitarios han reclamado para sí la noción de Estado de derecho, porque formalmente, cada una de las funciones de Estado cumplían con su deber, no importando los contenidos. No importaba tener un poder legislativo y judicial sometido a los dictados del poder<sup>738</sup>.

En la búsqueda de nuevas fórmulas, apreciamos un acercamiento del sistema jurídico europeo continental al sistema jurídico del *common law*. Quizá, la diferencia esencial entre ambos sistemas es el papel que corresponde tanto al legislador como al juez. La ley, que la dicta el legislador, ha sido considerada por el juez como algo acabado, que debe aplicarse a los casos de la realidad sin mayores interpretaciones. Esto generó una corriente en el campo jurídico de mucha fuerza, vigente aún en nuestro medio, como es el positivismo jurídico, que considera la ley como un fin y no como una herramienta que el sistema pone en manos del operador para que le pueda dar el contenido adecuado para resolver el caso concreto. El argumento fundamental es que ello brinda seguridad jurídica, que elimina la posibilidad de la arbitrariedad del juzgador. La corriente exegética de interpretación de las leyes se pone al servicio del positivismo. En este sentido, el papel del legislador cobra preponderancia. Él hace la ley, y el operador se limita a aplicarla, sin que exista posibilidad de ir en contra “del texto expreso”, porque incurriría en prevaricato, ilícito penal previsto en nuestra legislación, que limita severamente las posibilidades de interpretación del juzgador.

Esta forma de entender el derecho y el papel que juegan el legislador y el juez ha sido cuestionada por los europeos, y ha generado la nueva teoría denominada constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, que descubre nuevos roles en los actores del derecho, cuestiona el tradicional Estado de derecho, y perfila y prefiere el Estado constitucional. En esta perspectiva, el poder se somete a la Constitución, no sólo a la ley, donde existen mayores dificultades de manipulación para los gobernantes de turno<sup>739</sup>.

La Constitución, como norma suprema de un Estado democrático, fija los contenidos a través de prescripciones de conducta, y recoge los valores que la sociedad quiere privilegiar. El pacto social se traduce en opciones que las mayorías han determinado a través de la designación de una Asamblea Constituyente. Gobernantes, gobernados, legisladores, jueces y todos los que están relacionados con el quehacer jurídico deben responder a la Carta Suprema. Los legisladores, al dictar las leyes, no pueden contrariar caprichosamente los mandatos constitucionales, plasmados en derechos, principios y valores. Los jueces cumplen la función excelsa de controlar la constitucionalidad de las leyes, en

---

<sup>738</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. “El Derecho dúctil”. Ed. Trotta. Madrid-España. 1995. p. 24.

<sup>739</sup> GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La argumentación en el Derecho”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2003. p. 21.

nuestro medio, a través del órgano concentrado del Tribunal Constitucional, y a través del control difuso, en el caso del poder judicial.

En el Estado constitucional no sólo se cuestiona el positivismo decimonónico y la noción del llamado Estado de derecho, sino también el principio de legalidad. Existen razones históricas de carácter universal que tienen que ver con el papel de la ley en los sistemas legislativos. En efecto, con el advenimiento de la Revolución Francesa, opera un cambio importante en lo que se refiere a la administración del Estado. Recordemos que desde aquella época surge la concepción de los tres poderes del Estado, entre los que cobra especial preeminencia el poder legislativo, esto es, el generador de las leyes.

El Estado legislativo hace que cobre especial relevancia el legislador, y relega a los operadores, quienes debían cumplir estrictamente lo señalado en las leyes. Así, el Juez se convierte en la “Boca de la Ley”, y ni qué decir del operador administrativo. Se parte de la desconfianza, justificada por razones históricas, de tal manera que el juez, para decir el derecho debía remitirse, necesaria y únicamente a la ley, siendo severamente reprimido, cuando se apartaba del texto de la misma. Así se genera lo que en el siglo XIX se denominó el Estado de derecho, esto es, un Estado que regulaba la conducta de los gobernantes y gobernados en función a la ley. Como señala Zagrebelski, “El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”<sup>740</sup>.

Pero la ley, además, tenía el “privilegio” de encarnar la racionalidad del sistema político que los revolucionarios franceses intentaban plasmar, frente a la arbitrariedad del poder absoluto. La razón, entonces, no podía encontrarse en las decisiones de las cortes, ni menos de los tribunales administrativos, ya que ellos debían remitirse necesariamente a la ley, donde descansaba la razón.

Esta manera de ver el derecho como instrumento que regula la conducta de los gobernantes y gobernados, comparativamente, significó un avance, frente a la arbitrariedad de los gobernantes de épocas anteriores. Sin embargo, terminó privilegiando al legislador, con el argumento de que era el único legitimado socialmente para producir el derecho. Se identificaron derecho y norma, y la norma la dictaba el legislador con el poder político consiguiente<sup>741</sup>.

Pronto, sin embargo, el contenido de la ley fue llenado en función de los intereses políticos económicos de turno, y en el siglo XX surgieron gobiernos

<sup>740</sup> ZAGREBELSKI. Op. Cit. p. 24. Señala este autor, además, que la ley expresa la idea de un acto normativo supremo e irresistible. El Estado liberal de Derecho se sustentaba en la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y a los propios ciudadanos. El principio de legalidad fue el sustento del Estado liberal de Derecho, que se convirtió en un Estado Legislativo.

<sup>741</sup> NIETO, Alejandro. “El arbitrio Judicial”. Ed. Ariel S.A. Barcelona-España. 2000. p. 322.

que pretendieron escudarse detrás de la concepción del Estado de derecho para justificar, a través de la ley, acciones contrarias a la dignidad del ser humano. Bajo la formalidad de la ley se escondían intereses subalternos de los grupos dominantes. Pronto, se toma conciencia de ello y de la fragilidad de hacer descansar en la ley todo el peso del derecho.

Precisamente, comienzan a redactarse las Constituciones, en las que, no sólo se establecen las reglas de organización de un Estado, sino las norma que protegen los derechos fundamentales del ser humano. Del Estado de derecho, pasamos hoy al Estado constitucional, haciendo descansar en la Constitución, ley fundamental indiscutible, la referencia para la regulación de la relación entre gobernantes y gobernados<sup>742</sup>. Entiéndase que en una Constitución se recogen las instituciones que van a articular el ejercicio del poder pero, además, los valores preeminentes que una sociedad decide privilegiar, para poder construir una sociedad auténticamente democrática. De la misma forma, surge la justicia constitucional, orientando su labor, precisamente, a hacer valer la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico.

A partir de ello, se puede decir que el control de legalidad, en realidad, ha devenido en un juicio de constitucionalidad. “La ley, anota Zagrebelski, por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación y, por tanto, de subordinación a un estrato mas alto de derecho establecido por la Constitución”.

¿Cuál es el papel del juez en un Estado Constitucional? Evidentemente, no es el mismo papel que ha desempeñado en un tradicional Estado de derecho. En un Estado constitucional, cobra preponderancia su actuación. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador. Como lo ha señalado Fernando de Trazegnies, “El legislador ha muerto”<sup>743</sup>.

En el Estado de derecho tradicional, la interpretación estaba totalmente restringida, bajo el entendimiento de que era el gobierno de las leyes y no de los hombres. Lo más clamoroso, que lamentablemente persiste aún en nuestro sistema jurídico, es la exigencia de que el juez se pronuncie en los casos que

<sup>742</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. “*Derechos Fundamentales y Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2002. pp. 121-122.

<sup>743</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “*Pensando Insolentemente*”. Fondo Editorial de la PUCp. Lima-Perú. 2001. p. 50. Una de las ideas centrales del distinguido autor peruano es que el Derecho no es algo acabado, que es permanente creación a través de la interpretación de las normas. El intérprete cobra papel importante porque completa la etapa final del proceso de la norma que no acaba con la propuesta del legislador, sino con la interpretación del operador del Derecho.

resuelve, sin apartarse del texto expreso de la norma; de lo contrario, sufriría una sanción por prevaricato. Las normas se aplican en su sentido más estricto y mediante un simple análisis lógico. *Dura lex sed lex*. Preguntarse si con esta aplicación se hacía justicia no estaba dentro de las responsabilidades del juzgador.

En un Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos de interpretación en general son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro. Todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. La relación norma-caso es fundamental. La interpretación debe relacionar estos dos aspectos: la ley y el caso concreto, la ley y la realidad. Sólo la norma nos conduciría a teorizar sin mayor concreción con la realidad; sólo el caso, convertiríamos el derecho en un tema casuístico, sin parámetros definidos. La jurisprudencia debe ser la consecuencia del cotejo entre la norma y la realidad. Por ello se afirma que la manera natural de evolución del derecho es la jurisprudencia, evidentemente, cuando relaciona la ley con la realidad.

De otro lado, el caso no es una mera secuencia histórica de los hechos, sino que se trata de hechos que deben ser resueltos por el juzgador, y en estos casos hay que encontrarles un sentido y un valor; sólo así podemos encontrar una solución adecuada al caso.

### 15.3.2 *Decisión judicial y argumentación jurídica*

Como señalara Atienza, nadie duda de que la práctica del derecho, de manera fundamental, consiste en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por *un buen jurista es* la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad<sup>744</sup>.

De entrada diremos que las decisiones judiciales no siempre requirieron de una justificación (argumentación) que las sustente. Y esto determinado por las corrientes ideológico-jurídicas dominantes en cada etapa histórica de una determinada sociedad. Así tenemos que, por ejemplo, las dos clásicas y antagónicas posiciones extremistas (ius naturalismo racionalista y el positivismo formalista) partían de la idea de la plenitud y perfección de sus fuentes y de la unidad de la solución justa.

El orden medieval, basado en nociones de revelación y salvación, fue sucedido por una rigurosa y secularizada lógica cartesiana que estimuló a los iusnaturalistas del siglo XVII para la elaboración de un pensamiento constructivo y sistemático, no fiduciario de voluntades inescrutables; estos iusnaturalistas, a su vez, serían poco a poco desplazados por lo que se ha denominado generaliza-

<sup>744</sup> ATIENZA, Manuel. “*Las Razones del Derecho*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2004. p. 27.

ción del paradigma newtoniano, anunciador de una razón menos especulativa y metafísica, más volcada a la acción y a la vida que es justamente una característica definitoria de la filosofía de la ilustración (Prieto Sanchis).

Siguió, luego, una corriente *voluntarista* que identificaba el derecho con la voluntad de una persona o de un órgano determinado. Quizá sea Hobbes, racionalista y al mismo tiempo precursor del positivismo, quien de forma más concluyente levanta el acta de la nueva realidad del Estado moderno. Se pasa después a los formalismos positivistas, propugnados por las distintas escuelas (exegética, historicismo, jurisprudencia analítica) de Francia, Alemania e Inglaterra respectivamente.

Fue en el imperio del paradigma del formalismo positivista donde la actividad argumentativa se vio extremadamente limitada, ya que no cabía interpretación alguna de unos cuerpos legislativos que se consideraban perfectos y plenos (códigos). La interpretación era innecesaria, *ergo*, la argumentación inexistente, ya que el juez es la simple boca que pronuncia las palabras de la ley (juez irresponsable).

La reacción al formalismo comienza a darse a partir de la toma de conciencia de las insuficiencias de la lógica formalista aplicada al derecho; se reconoce en Ihering al precursor de esta corriente, que devino después en la *jurisprudencia de intereses* de Heck, que propugnaba en la actividad jurisdiccional un compromiso más funcional con la realidad, y que buscó ubicarse en medio del positivismo más radical y del derecho libre de Geny, que junto a algunas expresiones de los realismos americanos y escandinavos constituyen las impugnaciones más radicales del logicismo jurídico.

Ahora bien, junto a estas corrientes realistas y liberales -tachadas de irracionales, ya que la aplicación del derecho provendría más de impulsos volitivos que de operaciones lógicas-, por los años 50, surgieron otros esfuerzos teóricos con la finalidad de conferir racionalidad al proceso de interpretación y aplicación del derecho. Surge así la *Tópica*, de Theodor Wiehweg, quien parte de la disyuntiva planteada por el filósofo Nicolali Hartman entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático. El pensamiento problemático, también llamado *aporético*, arranca del problema, es decir, plantea que se tiene que desarrollar un método que permita encontrar las premisas; éstas, a su vez, deben apoyarse en puntos de vista probados o prestigiosos (tópicos). Después tenemos a Chaim Perelman para quien la argumentación consiste en un ejercicio de retórica, esto es, una práctica tendente a captar la adhesión de algún auditorio<sup>745</sup>.

Cuando hablamos de argumentar, aludimos a una actividad que evidentemente no es privativa de los *juristas*; se argumenta en todos los ámbitos del

---

<sup>745</sup> GASCÓN ABELLÁN. Op. Cit. p. 90.

quehacer humano, desde los más calificados hasta los más triviales y domésticos. *¿Qué es entonces lo que convierte a una argumentación en jurídica?* La respuesta a esta pregunta nos la da la *teoría estándar de la argumentación jurídica* propugnada principalmente por *Neil MacCormick* y por *Robert Alexy*. Esta teoría supondría un avance frente a sus predecesoras de los años 50, porque añaden la distinción proveniente de la filosofía de la ciencia, de un *contexto de descubrimiento* y de un *contexto de justificación* y la dualidad de la función justificatoria (interna-externa), y por tanto, la admisión de la lógica formal en el derecho, siempre con las reservas que impone su insuficiencia en el razonamiento jurídico.

Las teorías estándar de la argumentación jurídica tienen lugar en contextos jurídicos. Pueden distinguirse tres: el primero de ellos es el de la *producción o establecimiento de normas jurídicas*. Aquí, a su vez, podría distinguirse entre argumentos que se presentan en una fase *pre-legislativa* y las que se producen en la fase *legislativa*. Los primeros se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución, se piensa, puede ser la adopción de una medida legislativa, ejemplo, la penalización del aborto. Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la administración. Mientras que en la fase pre- legislativa puede considerarse que los argumentos tienen, por lo general, un carácter más *político y moral que jurídico*, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo *técnico-jurídico* las que pasan a un primer plano. En todo caso, las teorías estándar de la argumentación jurídica no se ocupan prácticamente de ninguno de esos dos contextos de argumentación.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la *aplicación de normas jurídicas o el de la resolución de casos*. Finalmente, el tercer ámbito de argumentación sería el de la dogmática jurídica.

### 15.3.3 *Contexto de descubrimiento y contexto de justificación*

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales de un Estado democrático como conquista frente a las arbitrariedades en que pudiera incurrir el intérprete juzgador. Ahora, motivar no es expresar móviles íntimos psicológicos. Por ejemplo, al decir que Carla mató a Otelo, motivada por los celos, los celos explican la acción asesina, pero no la justifican. Igualmente, a la teoría de la argumentación estándar no le interesan tanto los motivos del juez para dictar una determinada sentencia (ideología, fobias, problemas personales, etc.) cuanto las razones jurídicas que fundamentan esa sentencia.

Se entiende por razones jurídicas no sólo la exposición de razones fundadas en leyes positivas (textos escritos), sino también las sustentadas en principios constitucionales y en test de *razonabilidad y proporcionalidad*. Vale decir que no es



suficiente que una decisión judicial esté ajustada a lo prescrito por el texto de una ley para considerarse justificada y satisfactoriamente argumentada, sino que también deberá pasar el test de razonabilidad, bajo pena de ser tachada de irrazonable, *ergo* arbitraria, aunque ésta sea legalmente pulcra.

Cabe hablar de una justificación formal de los argumentos (cuando un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable o razonable).

### 15.3.4 *Discrecionalidad judicial y decisión justa*

#### 15.3.4.1 Discreción judicial y justicia en el Estado de derecho legalista

Históricamente, en Europa el Estado de derecho es la forma de Estado que nace de la Revolución Francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y acabar con los privilegios del clero y de la nobleza. El Estado de derecho es una ideología jurídica y responde a la idea de un gobierno *sub leges* y *per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres<sup>746</sup>. En esos tiempos, hablar de justicia equivalía a hablar de legalidad. Justa era la conducta conforme a ley e injusta la contraria.

La sumisión de la administración a la ley se establece en términos de subordinación. La Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no está permitido está prohibido”, y el órgano jurisdiccional, al ser considerado como un órgano más de esta administración, tuvo el mismo tratamiento. La Administración de Justicia en nombre del pueblo se transformó desde su inicio, para Francia, Europa Occidental y toda su zona de influencia, en una permanente sujeción de los jueces a los mandatos del ejecutivo o, en ocasiones, al legislativo, situación surgida de un hecho elemental como el control del nombramiento de los jueces. Dado que en este acto no se reconoció un origen popular del juez, la condición marginal del juez lo condujo a convertirse en un funcionario público más y su labor pasó a ser una simple actividad administrativa<sup>747</sup>.

Es evidente que a un simple funcionario más de la administración no se le puede pedir que busque la justicia en sus decisiones, a lo sumo se le puede exigir que actúe legalmente, de lo contrario, incurriría en responsabilidad en virtud al principio de libertad negativa (legalidad) que rige la actuación de la Administración Pública.

---

<sup>746</sup> GASCÓN ABELLÁN. Op. Cit. p. 90.

<sup>747</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso civil peruano. Lima: Ed. Palestra, 2004. pp. 956-957.

Los jueces sólo tienen una legitimidad de “técnica”, y esta vinculación a la ley configura la base de un modelo de juez que le es propio al Estado de Derecho legal. Se trata del *juez neutral*, sin ideología, *aséptico*, *apolítico*. Es la boca que pronuncia las palabras de la ley, y así, garantiza la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales y la igualdad en la aplicación de la ley, que se convierten en sus objetivos existenciales. Hablar de discrecionalidad en estas circunstancias era herético.

Pero sucede que, generalmente, los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación<sup>748</sup>. Generalmente, los documentos normativos son formulados no ya en un lenguaje artificial -en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos están rigurosamente definidos- sino en un lenguaje natural, y el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. Los enunciados del lenguaje natural son, por lo tanto, fatalmente indeterminados.

Es así que se comienza a conceder al juez márgenes de interpretación, con una discrecionalidad que proviene de la misma naturaleza de la actividad interpretativa de los textos; pero, siempre dentro del principio de legalidad y tendente a buscar una mítica voluntad del legislador. El juez estaba vinculado al sistema jurídico legalista porque el derecho terminaba en la ley.

#### 15.3.4.2 El poder del juez en el Estado constitucional de derecho. (La Constitución como límite del sistema)

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo anglosajón, que se fue expandiendo a los otros sistemas jurídicos, donde junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder, para la garantía de las libertades y los derechos de los individuos y que tiene por ello carácter normativo.

El Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho o, mejor, su culminación; si el Estado legislativo de derecho había supuesto la sumisión del juez a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que éste y también el legislador vienen sometidos a derecho, en este caso, a la Constitución.

Es en este contexto donde las decisiones justas ya no se agotan en la correspondencia con el texto legal, sino -principalmente- en la correspondencia con los principios constitucionales. Es entonces que la vinculación del juez al sistema jurídico se extiende a algo más abstracto e impreciso, como son los principios, que son el límite de clausura del sistema.

<sup>748</sup> PIETRO SANCHÍS. Op. Cit. p. 117.

Ahora bien, Michele Taruffo nos propone como criterios para la delimitación de una decisión justa los siguientes: a) La corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable. b) Comprobación fiable de los hechos relevantes del caso, y c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión<sup>749</sup>.

En realidad, este es un criterio más que se podría utilizar para la delimitación de lo que es justo y de lo que no lo es; pero lo cierto es que en derecho, la formulación de criterios generales es siempre relativa y contingente, sobre todo cuando se refiere al concepto de justicia, concepto que más pareciera corresponder a un sentimiento, a una idea que cada sujeto tiene y la comparte con su grupo social, al compartir con éste determinados valores y pautas de conducta existenciales básicas. Y al ser la justicia un sentimiento fundado sobre valores, entonces nos ubicamos en el ámbito del conocimiento de los objetos ideales, objetos que son conocidos de manera intuitiva e inmediata como diría Descartes, y que se apreciarían en cada caso de manera peculiar.

Recasens Siches decía que todas las definiciones de la razón que hacían consistir lo esencial de ésta en ciertos modos particulares de operar en el intelecto, además de ser estrechas, la han esterilizado, y le han amputado su dimensión decisiva. Para mí es razón -decía Recasens Siches- en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente. Lo demás no es sino puro intelecto, mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte al hombre, luego lo estraga y, por fin lo desespera y le hace desperdiciarse a sí mismo. Cada caso es diverso y por ello el derecho es esquivo a las generalizaciones, las sistematizaciones y los métodos de la ciencia<sup>750</sup>.

Lo cierto es que el advenimiento del Estado constitucional deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores del derecho para poder fundar sus decisiones de acuerdo con lo que consideren justo en cada caso. Así, los casos denominados fáciles (casos de evidente injusticia de una posible decisión conforme con la ley) son susceptibles de una ponderación a través de los test de razonabilidad y proporcionalidad, para poder resolver de acuerdo con el sentir común de justicia. Mayor aún es la discrecionalidad en los casos llamados difíciles (casos donde cualquiera de las decisiones son controvertibles), ya que no estará el interprete vinculado a un sentir común de justicia.

---

<sup>749</sup> TARUFFO, Michele. Cinco lecciones mexicanas. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial. Escuela Judicial Electoral, 2003. p. 162.

<sup>750</sup> RECASENS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. México: Ed. Porrúa S. A., 1965. pp. 643-644.

### 15.3.5 *Independencia judicial y argumentación jurídica*

Una de las expresiones concretas del Estado de derecho es haber perfilado y definido la función jurisdiccional como independiente de las funciones legislativa y ejecutiva. De nada habría servido que la función de resolver los conflictos, quedara en manos de los que hacen las leyes o del ejecutivo que concentra la fuerza coercitiva. Por ello, la independencia no sólo es un valor, sino una garantía para los gobernados<sup>751</sup>.

Por otro lado, la independencia de los jueces tiene que plasmarse concretamente en cada caso, cuando interpretan las normas. El juez boca de la ley no es precisamente la mejor demostración de la independencia del juzgador. Tiene que existir una suerte de valor agregado que el juzgador le otorga a la norma, al momento de resolver un caso.

La independencia judicial como garantía va a depender de un conjunto de factores jurídico-políticos, aún tratándose de los Estados democráticos. No basta decir, en abstracto, que la función judicial es independiente, sino que ello tiene que traducirse en el plano de las realidades, fundamentalmente, en las decisiones que adopten los jueces en los casos concretos.

En el *common law* anglosajón, se configuró la independencia judicial luego de arduas e históricas batallas. En la actualidad, la expresión de dicha independencia está dada en la inamovilidad, y no responsabilidad, del juez, y en la libertad para tomar determinaciones, cotejándolas con los precedentes judiciales. Los jueces, una vez elegidos, no pueden ser removidos, salvo por resolución de ambas Cámaras del Parlamento, lo que constituye un verdadero juicio político. Por otro lado, no son responsables por las decisiones que adopten en los procesos en los que intervienen. En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, estas garantías que tienen los jueces están constitucionalizadas. Si bien, son aspectos institucionales que brindan un marco para la actuación de los jueces, son aspectos importantes porque garantizan la actuación independiente de los jueces norteamericanos<sup>752</sup>.

En el caso de los jueces de Europa continental, en relación con el tema de la independencia, existen razones históricas que la diferencian de Inglaterra. La preponderancia del legislador fue determinante. No sólo se prohibía a los jueces interpretar las leyes, sino que se les prohibía todo tipo de fiscalización a las otras funciones del Estado. Evidentemente, se perfiló un juez distinto al anglosajón. La selección y el nombramiento de los jueces se realizaban a través del Poder Ejecutivo.

<sup>751</sup> DÍEZ PICASSO, Luis María. Sobre la independencia judicial. Notas de derecho comparado. En LA Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez. Madrid: Ed. Civitas, p. 161.

<sup>752</sup> DÍEZ PICASSO. Op. Cit. pp. 164-165.

tivo. Se estableció la carrera judicial, y apareció la figura del juez-funcionario. El juez no es un profesional experimentado y prestigioso que, como culminación de su carrera, es llamado a la judicatura, sino un abogado que aspira a hacer carrera a través de los distintos escalones de la función. En este sistema, que también es el que impera en Latinoamérica, los problemas centrales en torno al tema de la independencia judicial son: el ingreso a la judicatura, la inamovilidad en el cargo, la responsabilidad por sus actos, entre otros<sup>753</sup>.

En el sistema jurídico peruano se han dado avances en la forma de elegir a los magistrados, aun cuando es necesario insistir en su perfeccionamiento, tanto en lo que se refiere a su conformación, como al sistema de evaluación y designación de los magistrados. En cuanto al tema de la inamovilidad en el cargo, es una verdadera espada de Damocles la que sufren los jueces, no sólo por los procesos de ratificación que, en nuestro concepto, son inconstitucionales, sino por incipiente e inconsistente sistema democrático, que es permanentemente interrumpido abruptamente y siempre utilizando como pretexto la situación de ineficacia y corrupción del poder judicial.

Además de los temas indicados, que giran alrededor del tema de la independencia, hemos señalado que ésta se expresa concretamente en las decisiones judiciales, es decir, la imparcialidad con que debe proceder el juez. Sin embargo, esta imparcialidad es imposible plasmarla si no se toma conciencia de lo que realmente realiza el juez al momento de dictar una sentencia, esto es, argumentar. Cuando el juez motiva una decisión, debe argumentar y ello implica explicar y, fundamentalmente, justificar. Existen razones explicativas y razones justificativas y estas últimas –quizá– sean las más importantes en el campo del derecho.

Una de las expresiones reales de auténtica independencia es cuando el juez resuelve, a diferencia de los demás actores del derecho que no necesariamente deben responder a este valor. El tema es si el juez debe resolver de acuerdo con lo que le señala expresamente la ley (gobierno de las leyes) o si la interpretación debe pasar por un proceso de validación y de cotejo con los valores imperantes en una colectividad que han sido recogidos por la normativa, especialmente, la Constitución Política del Estado (gobierno de los hombres). La idea del gobierno de las leyes lleva consigo la predominancia del legislador frente a los demás operadores, incluyendo al juez, sin embargo, las leyes siempre generan dos o más opciones de solución, y el juez debe escoger como producto de su razonamiento jurídico, la solución más razonable, socialmente aceptable y justa.

En consecuencia, los deberes de independencia e imparcialidad constituyen deberes del juez y son las características más saltantes de un Estado de derecho.

---

<sup>753</sup> *Ibidem*, pp. 168-175.

El juez debe resolver conforme a los elementos que le brinda el derecho. Es una garantía que los ciudadanos sean juzgados desde las perspectivas del derecho. La norma, sin embargo, no es el único elemento del derecho; están los valores, la vida humana, traducida en las realidades sociales, económicas y culturales. Ya no es concebible un juez mero aplicador de la ley. Un juez boca de la ley pertenece al pasado. Para el juez actual, su independencia e imparcialidad se traducen en la exigencia de racionalidad de las decisiones, y ello está vinculado a la argumentación jurídica. Una decisión razonable es una decisión que contiene argumentos que la justifican, donde encontraremos razones expresadas con logicidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Lima: Ed. Palestra, 2004.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Pensando insolentemente. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001
- DÍEZ- PICAZO, Luis María. Sobre la independencia judicial: Notas de derecho comparado. En La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. T. I. Madrid: Editorial Civitas, AÑO.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho. Lima: Ed. Palestra, 2003.
- HABERLE, Peter. El Estado constitucional”. Lima-México: Fondo Editorial de la PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1990.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso civil peruano. Lima:Ed. Palestra,2004.
- MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Madrid: Tecnos, 1987.
- NIETO, Alejandro. “*El arbitrio Judicial*”. Ed.Ariel S.A. Barcelona-España. 2000.
- PERELMAN, Chaim. El imperio retórico. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Perú: Editorial Palestra, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. México: Ed. Porrúa S. A., 1983.
- TARUFFO, Michele. “La Ley y el Juez en el Rule of law y en el Constitucionalismo Americano”, en “*La Experiencia Jurisdiccional*”. Madrid-España. 1998.
- \_\_\_\_\_. Cinco lecciones mexicanas. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial. Escuela Judicial Electoral, 2003

TOCQUEVILLE, Alexis de. La democracia en América. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

## CAPÍTULO 16

# Algunas reflexiones sobre el actual sistema procesal penal colombiano, sumido en una de sus más profundas crisis

*Juan Carlos Vásquez Rivera\**

### INTRODUCCIÓN

Pretendemos dar a conocer los fundamentos que rigen y orientan el proceso penal en uno de los países que, como Colombia, posee el más alto índice de criminalidad.

Se hará un recuento de la normativa vigente en Colombia, los cambios constitucionales que afectarán el sistema procesal y los distintos pronunciamientos del máximo Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que alteran y definen los alcances dados por el operador judicial.

Asimismo, y como entendemos que el sistema procesal nuestro se encuentra sumido en una crisis, se acudirá a unas breves reflexiones que buscan dar explicación satisfactoria a las dificultades que se presentan y a las que se les atribuye el alto índice de impunidad oficialmente reconocido.

### 16.1 ALGUNOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO<sup>754</sup>

Como principios sustentatorios del sistema procesal penal colombiano, resaltamos por su importancia los siguientes:

#### 16.1.1 *El respeto por la dignidad humana*

El artículo 1° de la Constitución Política colombiana establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, que funda toda su manifestación de funcionamiento en el respeto por la dignidad humana;

---

\* Decano Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, docente de pregrado y posgrado en el Área de Derecho Procesal, abogado litigante y ex fiscal especializado en la ciudad de Medellín, magíster en Derecho Procesal.

<sup>754</sup> Ponencia presentada por José Luis Jiménez Jaramillo, docente de la Universidad de Medellín y Juan Carlos Vásquez Rivera, Decano de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.



respeto por la dignidad humana que es reiterado como fundamento de los sistemas penal sustancial y procesal penal. Es así como, por ejemplo, en el artículo 1° de la ley 599 de 2000 (Código Penal) se establece que “El derecho penal tendrá como fundamento la dignidad humana”<sup>755</sup>. Esta disposición es reiterada igualmente en el artículo 1° de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), cuando al respecto señala: “Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana...”<sup>756</sup>. Frente al alcance de este concepto, le ha correspondido su desarrollo jurisprudencial a nuestro máximo organismo constitucional quien en uno de sus pronunciamientos señaló que la dignidad humana es “... principio fundante del Estado que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución, este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”<sup>757</sup>. En fallo posterior, esta misma Corporación en sentencia de tutela (acción de amparo) número T-881 de octubre 17 de 2002, plasma el carácter antropocéntrico que distingue al nuevo Estado colombiano en cualquiera de sus manifestaciones, verbigracia, en la Administración de Justicia.

El cauce abierto por la Corte tiene una especial importancia en el desarrollo del principio de la eficacia de los derechos fundamentales y de la realización de los fines y valores de la Constitución, sobre todo en lo relativo a la concepción antropológica. Esta llamada concepción antropológica surge de la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional del enunciado normativo de la dignidad humana, en estrecha relación con el tercero de los imperativos categóricos en el que se postula uno de los principios básicos de la filosofía práctica kantiana, así: Obra de tal forma que la máxima de tu actuación esté orientada a tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro como un fin y nunca como un medio, del cual la Corte ha extraído la idea según la cual el hombre es un fin en sí mismo, lo que ha significado la valoración del ser humano como ser autónomo en cuanto se le reconoce su dignidad.

Frente a este tópico resulta elemental revisar cómo en Colombia este principio constitucional viene siendo vulnerado flagrantemente en desarrollo de la actividad judicial. Ello se puede ver en la situación de las víctimas en el proceso penal, absolutamente desamparadas por el Estado, entre las que se encuentran las que ha dejado el conflicto armado en Colombia durante los últimos treinta años y cuya protección legal es casi nula. Debe recordarse que si bien encuentran

---

<sup>755</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal. Leyes 599 y 906 de 2004. 6ª edición. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

<sup>756</sup> *Ibidem*.

<sup>757</sup> Corte Constitucional Sentencia T-401 de 1992.

un espacio en la ley 975 de 2004, Ley de Justicia y Paz, la realidad es que sus derechos poco o nada son protegidos y las normas que regulan su participación resultan inoperantes frente a la verdad, la justicia y la reparación. Situación similar se experimenta con la reparación administrativa a la cual han accedido muy pocas de ellas, y con sumas que resultan inequitativas frente al daño sufrido.

A la fecha, pasados cinco años de vigencia de la ley, escasamente, existe una sola sentencia con reconocimiento de derechos de las víctimas, derechos que aún no se han hecho efectivos, si se tiene en cuenta que, además de estar apelada la misma en caso de cobrar firmeza, el monto allí establecido sería absolutamente imposible de ejecutar, por lo menos frente a quien resulta penalmente responsable.

No menos indigna resulta la titánica labor de las víctimas desplazadas por el conflicto armado en relación con la recuperación de sus tierras, donde poco o nada se ha hecho, y las disposiciones legales y los trámites judiciales, así como la negligencia de estamentos del Estado, entre ellos Acción Social, hacen nugatoria esta posibilidad.

No por haber estado al margen de la ley resultan menos indignas las condiciones en las cuales vienen siendo tratados por los operadores judiciales y por el mismo Estado quienes de manera unilateral y voluntaria decidieron hacer dejación de las armas contribuyendo a la paz del país: más de cincuenta y dos mil desmovilizados de los cuales casi treinta mil se encuentran en el limbo jurídico y sin marco legal para resolver su situación, y con una sociedad que los desecha debido al pasado que arrastran. Esta situación explica, en muy buena medida, el porqué muchos de estos desmovilizados están nuevamente incursionando en las bandas emergentes que están llenando de sangre a nuestra nación. Los restantes desmovilizados siguen siendo objeto de cualquier cantidad de atentados contra su dignidad, con procesos interminables, con reclusiones inhumanas, con graves amenazas contra sus vidas y las de sus familias por cuenta de quienes no quieren que se sepa la verdad de lo sucedido en el conflicto, con presiones y amenazas indebidas de la judicatura para que sirvan como testigos en procesos altamente politizados, con la descalificación pública de quienes resultan afectados por sus confesiones. A todo esto se suma la extradición de la que han sido objeto algunos de ellos para cumplir reclusiones en condiciones absolutamente indignas en otros países, sin que hasta la fecha se haya hecho claridad sobre cuál fue el verdadero sentido de las mismas y las causas reales que motivaron tales extradiciones, pues, con ellas lo único que se ha logrado es, por un lado, sepultar la verdad de lo sucedido en Colombia, y por el otro, privar a las víctimas del derecho a conocer la verdad, a obtener justicia y a recibir una pronta reparación.

### 16.1.2 *La libertad*

El artículo 28 de la Constitución Política se constituye en el segundo bastión o pilar del sistema de enjuiciamiento penal, en cuanto revela el respeto por el derecho a la libertad; derecho este que según la normativa constitucional solo puede ser restringido previa orden judicial y por motivo previamente definido en la ley, de conformidad con el artículo 2º de la ley 906 de 2004 y en caso de extrema necesidad como mecanismo para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal. Al respecto la Constitución Política Colombiana en su artículo 28 consagra: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia ni reducido a prisión o arresto ni detenido ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Igualmente tal mandato constitucional es recogido por el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal cuando, en su inciso segundo, establece que la detención preventiva estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, lo cual es reiterado en los artículos 295 y 296 de la misma normativa.

Resulta absolutamente sorprendente que este principio universal que ratifica el hecho de que la privación de la libertad es excepcional y con aplicación restrictiva de las normas que la regulan, además de imponerse la obligación de tener en cuenta la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva, hoy sea descaradamente desconocido por el operador judicial, y que, además, se evidencie el interés del ejecutivo por presentar al legislador propuestas de reforma legislativa para limitar aún más la concesión de este derecho fundamental.

Si bien es cierto que la libertad viene erróneamente asimilándose a impunidad, lo cual dista en demasía de la realidad, también lo es que esta garantía cada vez más se viene menoscabando en detrimento de las personas a las cuales se la atribuye la comisión de una conducta punible, y que son consideradas como inocentes hasta que no se desvirtúa la misma con una sentencia de carácter condenatorio debidamente ejecutoriada. No puede entenderse cómo el mal ejemplo en la aplicación de este principio universal nace de nuestro máximo organismo de justicia en materia penal como lo es la Honorable Corte Suprema de Justicia, en donde la regla general, por el contrario, es precisamente la privación de la libertad. No criticamos el ejercicio propio de su legítimo derecho a investigar y juzgar a los aforados constitucionales, pero sí el hecho de que se acuda como principio orientador a la captura para efectos de vinculación legal mediante indagatoria, cuando la gran mayoría de los imputados han demostrado su presunción a acudir a las diligencias, no constituyen un peligro para la comunidad ni mucho menos buscarán evadir la acción de la justicia.

Recuérdese, incluso, que las penas que vienen siendo impuestas se limitan a unos pocos años de prisión, razón por la cual, a la fecha, son muchos quienes han recobrado su libertad no propiamente por voluntad de la alta corporación sino por la pena cumplida.

Buscar privaciones de la libertad para personas vinculadas con un proceso como el de la reelección presidencial no tiene ninguna razón de ser, cuando son abundantes los procesados que a la fecha se encuentran en detención domiciliaria, sindicados de graves delitos y con penas muy altas, mientras que punibles como peculado, falsedad, el mismo concierto, en competencia de la Corte Suprema, no tienen igual tratamiento. Muy mal ejemplo reciben nuestros operadores judiciales cuando observan cómo para el máximo tribunal de justicia figuras como la detención domiciliaria, la detención hospitalaria, la condena de ejecución condicional, la abstención de medida de aseguramiento por falta de fines, entre otras tantas posibilidades, no tienen aplicación. Solo deseamos que ello no sea fruto simplemente de la naturaleza política de los juicios que allí se adelantan. Este principio no puede distinguir raza, sexo, condición, o cualquier otro criterio diferenciador: se trata simplemente de una derivación natural de su condición de ser humano, sujeto a unas responsabilidades, pero también titular de unos derechos fundamentales que como el de la libertad que es uno de los más celosamente custodiados por nuestra carta política.

### 16.1.3 *El debido proceso*

Un tercer fundamento político del proceso de enjuiciamiento criminal, hoy en crisis en Colombia, está constituido por la obligación de respeto y cumplimiento del **debido proceso**, consagrado constitucionalmente en el artículo 29 nuestra Carta así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso...<sup>758</sup>.

<sup>758</sup> Constitución Política de Colombia. Señal Editora. 8ª Edición, 2002

Puede decirse sin temor alguno que el debido proceso, como se desarrolló en la Constitución política, es la columna vertebral de todo el proceso de enjuiciamiento criminal, que le da razón, sentido y contenido a toda la codificación procesal. El imperativo categórico con que comienza la norma de por sí es garantía de legalidad, es garantía de equilibrio, es garantía de igualdad y, por último, es garantía de imparcialidad: “... El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”.

El núcleo normativo del precepto constitucional, propio del debido proceso desarrolla no menos de 12 prerrogativas o garantías constitucionales a favor del procesado y a favor de los demás sujetos intervinientes en la actuación judicial así:

- “... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”. Garantía de legalidad preexistente a la conducta delictiva.

- “... Ante juez o tribunal competente...”. Garantía de competencia.

- “... Con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”. Garantía de respeto por los términos, las instancias, las oportunidades, y el agotamiento de las etapas.

“... En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...”. Garantía de favorabilidad de la ley penal sustantiva y procesal penal de efectos sustanciales.

- “... Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...”. Garantía de presunción de inocencia durante toda la actuación judicial, y posibilidad de declaración de responsabilidad sólo mediante sentencia de culpabilidad en firme o ejecutoriada.

- “... Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio...”. Garantía del derecho de defensa.

- “... Durante la investigación y el juzgamiento...”. Garantía procesal que demuestra que el proceso penal en su forma propia se constituye por el desarrollo de dos funciones, una investigativa y otra de juzgamiento.

- “... A un debido proceso público...”. Garantía esta en el sistema procesal penal colombiano que solo se desarrolla en la fase del juzgamiento, toda vez que en la etapa o fase de la investigación por disposición legal es reservada y solo conocida por los sujetos procesales, para preservar la imagen y el buen nombre del investigado y para asegurar el éxito de la investigación penal.

- “... Sin dilaciones injustificadas...”. Garantía de celeridad y preclusión procesal.

- “... A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”. Garantía de contradicción, que necesariamente implica el ejercicio de la defensa.

- “... A impugnar la sentencia condenatoria...”. Garantía de la doble instancia.

- “... Y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho...”. Garantía de la cosa juzgada o de la imposibilidad de la doble incriminación por el mismo hecho.

- “... Es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso...”. Garantía de la legalidad y regularidad de la prueba.

Es de advertir que estas garantías son de forzoso cumplimiento por parte de las autoridades judiciales, a tal punto que si se miran las 27 primeras normas del Código de Procedimiento Penal, se les otorgó el carácter de normas rectoras con sentido prevalente, integrador e interpretativo, cuando, al respecto se señaló: “... Artículo 26. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación...”.

Qué garantista sería nuestro proceso penal si se cumplieran, así fuera de manera parcial, estos principios mandados por nuestra carta política: investigaciones penales que hoy cobran vigencia después de más de veinte años, amparadas en el hecho de ser imprescriptibles por ser elevadas a categoría de lesa humanidad; y qué decir de sentencias, fruto de estas añejas acciones plagadas de testimonios contradictorios, carentes de pruebas, llenas de presunciones y suposiciones, enmarcadas dentro de múltiples intereses políticos de turno no pueden ser muestra de un claro respeto al debido proceso, al amparo de las prerrogativas o garantías anteriormente reseñadas.

Sentencias como la del Palacio de Justicia, donde se condena a treinta años de prisión al Coronel Alfonso Plazas Vega, por un delito que como el de desaparición forzada no existía en Colombia para la fecha de la ocurrencia de los hechos, además de las falencias que en la sentencia se muestran, son evidencia clara de la aplicación retroactiva desfavorable, además del hecho claro y cierto de que estos deplorables acontecimientos que mancharon de sangre el país, para la fecha ya se encuentran prescritos y, no obstante ello, se acude a teorías forzadas para mostrar la eficiencia de una justicia absolutamente inoperante. Como si lo anterior fuera poco, por estos mismos hechos ya existen indultos y amnistías para los perpetradores de tan grave atentado, como lo son los miembros del M-19, hoy vigentes y actuantes en la vida política del país.

Y que más se puede esperar de una Administración de Justicia que por múltiples razones incumple los términos legales, como si ello no constituyera una garantía procesal. En efecto, en el caso de las investigaciones previas, que por mandato legal no pueden superar los seis meses o el año, además de la obligación de ser notificadas a los imputados, es nuestra misma Corte Suprema de Justicia quien tiene una investigación previa, secreta, oculta, de donde extrae la prueba

o evidencia en contra del político de turno que desea judicializar, investigación previa que cumple varios años en tal condición, en claro desconocimiento del debido proceso establecido por normas incorporadas a nuestra normativa interna.

Se adopta una nueva estructura normativa de juzgamiento, y en ella se asumen principios como el de concentración para efectos de garantizar una verdadera sentencia justa; sin embargo, se acude a juicios interminables que inclusive superan el año y medio, como lo fue el caso tan renombrado en el municipio de Jamundí en el Valle del Cauca: el juicio oral fue adelantando con evidente desconocimiento de reglas que rigen el procedimiento penal de enjuiciamiento actual como la celeridad, la publicidad, la inmediación, la contradicción, la celeridad, pero, ante las abundantes irregularidades nada sucede y resulta plenamente validado.

Hace pocos meses recibimos con gran sorpresa el cambio jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia cuando decidió retomar la competencia de los procesos en los cuales los aforados habían hecho renuncia de su condición que les concedía tal amparo. No pretendemos señalar si era válida o no la tesis que había consolidado la Corte por largo tiempo en el sentido de que el fuero era renunciable, pero sí resulta absurdo este sorpresivo cambio y illo impensable! hacerlo retroactivo a quienes ya habían sido trasladados a otras competencias. Así queramos justificar tal cambio de jurisprudencia, resultaba evidente que la Corte no quería perder legitimidad al observar que los jueces de la República y, a su vez, sus inferiores funcionales ya habían absuelto algunos de los aforados considerados por la corte como responsables de conductas punibles. Situación similar se presentó con decisiones de la Fiscalía General de la Nación que venían resolviendo favorablemente a algunos de los procesados que optaron por esta vía legal.

Otro punto que merece nuestra atención es precisamente el hecho de que para estos aforados aún subsisten procesos de única instancia, en clara contravía de los mandatos internacionales, que sería un sustento más que lógico para posibilitar la renuncia al fuero que hoy pretenden los congresistas.

Definitivamente son simples ejemplos de los cuales estamos hoy plagados en Colombia y que constituyen evidencia de que este principio universal del debido proceso se encuentra en la más profunda crisis, y al servicio de muchos intereses que deberían ser lejanos a la Administración recta de Justicia.

## **16.2 ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LAS CRISIS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO**

Es incuestionable que a partir de la Constitución de 1991 se nos presenta una clara constitucionalización del sistema penal, que impone la obligación al opera-

dor judicial de tener como principal marco de referencia la Carta Política. Como consecuencia de ello, el funcionario judicial, en cada una de sus actuaciones, ha de tener como norte y límite el marco constitucional que lo compele al claro respeto de las normas fundamentales. Si bien es cierto que este marco constitucional, desde el punto de vista teórico, se constituye en una garantía para los colombianos, también lo es que puede traer graves inconvenientes cuando desde allí (la Constitución) se derivan muchos de los graves problemas que tienen sumido en una profunda crisis nuestro sistema procesal penal colombiano.

Uno de los puntos críticos radica en la persona o personas que entran en relación dentro del proceso penal, bien como partes o como funcionarios, y a quienes se asigna la difícil misión de administrar justicia.

Lo anterior si se tiene en cuenta que por mandato legal son funcionarios encargados de administrar justicia, tanto los jueces de la república como la Fiscalía General de la Nación, pues esta última es detentadora de algunas facultades jurisdiccionales como la expedición de órdenes de capturas excepcionales.

De otro lado, es llamativa la forma como en nuestro país se designa al Fiscal General de la Nación que como se indicó cuenta con funciones jurisdiccionales. Este funcionario es elegido por el máximo organismo de justicia en Colombia, la Honorable Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el jefe del ejecutivo, es decir, el señor Presidente de la República. Lo anterior carecería de importancia si no fuera porque en virtud de la disposición constitucional, se señala que **la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial.**

A lo anterior se suma el hecho de las funciones asignadas por la Constitución en el artículo 250, donde se establecía, que

“... corresponde a la Fiscalía General de la Nación de oficio o mediante querrela o denuncia, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores:

Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento...

Calificar y declarar precluidas las investigaciones...”.

Es de advertir que las anteriores funciones se transcribieron en los artículos 114 y 115 de la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, que rigió en nuestro país, desde el 24 de julio de 2001, y que fue modificado mediante el acto legislativo número 03 de diciembre 19 de 2002; esta modificación reformó sustancialmente los artículos 250 y 251 de la Constitución, y despojó especialmente a la Fiscalía General de la Nación de su poder o capacidad para proferir medidas de aseguramiento o de detención de las personas, y de la facultad de acusar o precluir investigaciones con carácter de cosa juzgada; en su lugar, asignó dichas funciones a unos jueces de control de garantía y de conocimiento, ante los cuales, el Fiscal o su delegado tienen que rogar o pedir la adopción de tales



medidas o decisiones.

Este acto legislativo, desarrollado mediante la ley 906 de 2004, Nuevo Código de Procedimiento Penal, dispuso de manera expresa su implementación gradual, y estableció una comisión constitucional encargada de la presentación de los códigos respectivos al Congreso de la República para el estudio y la decisión correspondientes; tal comisión dispondría hasta el 20 de julio del 2004 para la expedición de leyes correspondientes, pues de no hacerlo, quedaría investido el señor Presidente de la República por el término de dos meses para la adopción de códigos mediante decreto del ejecutivo.

En lo que respecta a la vigencia se consignó lo siguiente:

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...

A la fecha resulta claro que se ha implementado en todo el territorio nacional, obviamente para los hechos cometidos a partir de su vigencia, con el grave inconveniente de que el anterior sistema tendrá que seguir siendo aplicado hasta el año 2047 teniendo como referente el término de prescripción establecido por el legislador. Los resultados obtenidos con la aplicación de la reforma al sistema de juzgamiento no podrían ser más desalentadores: jueces haciendo política, políticos queriendo interferir en la justicia, choque de trenes entre las cortes, morosidad en los procesos, justicia desprestigiada, jueces y fiscales que, múltiples ocasiones, no son respetados sino temidos, Fiscalía en interinidad inexplicable durante un año por falta de decisión de la Corte Suprema de Justicia, cambios absolutamente caprichosos en la jurisprudencia, funcionarios judiciales desconocedores del nuevo sistema de juzgamiento, abogados litigantes formados en otra cultura, figuras jurídicas novedosas como la estipulación probatoria y el principio de oportunidad prácticamente sin estrenar, Policía Judicial poco capacitada y sin recursos suficientes para cumplir su difícil labor, defensores desconocedores por completo de la técnica en el nuevo sistema, y lo más grave: muchos operadores judiciales que no han sentido más cambio la utilización de

la toga, por lo que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el nuevo sistema procesal de juzgamiento en poco o nada ha mejorado la situación en que nos encontrábamos, lo cual, al parecer, se convertirá desafortunadamente en un nuevo intento fallido por mejorar la Administración de Justicia en materia penal.

Esperamos que esta muy breve revisión del Sistema de Enjuiciamiento Criminal que opera en Colombia sirva de aporte como tema de discusión a quienes se dedican al estudio del Derecho Procesal.

## **GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA**

Se terminó de reimprimir en  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A. en 2011.  
Para su elaboración se utilizó papel Propal-libros 75 gr  
en páginas interiores y en carátula Propalcote 250 BD  
la fuente usada es Egyptian505 BT a 11 puntos

GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA, representa una importante reflexión teórica en torno a uno de los problemas de mayor actualidad en la sociedad contemporánea, cual es, la tensión permanente que se presenta entre la necesidad que tiene el Estado de garantizar un orden social, y al mismo tiempo, la exigencia actual de la protección de los derechos fundamentales.

Del mismo modo, se desarrolla un análisis sobre la complejidad de las causas del deficitario ejercicio de la función jurisdiccional y sobre los efectos que ello conlleva para la consecución de los fines del Estado.



**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN**

