

REFLEXIONES SOBRE NUESTRA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

*Hernando Barreto Ardila**

PRESENTACIÓN

144 Estas notas pretenden crear un clima de reflexión en torno a uno de los temas que, estimo, han cobrado un auge inesperado, imprevisible e irresistible en nuestra administración de justicia, especialmente penal. Me refiero a la eticización o moralización que en ocasiones se arrojan los funcionarios judiciales en su gestión.

Pareciera de un tiempo para acá, que hubiera existido una total incomprensión del texto constitucional, pues se utilizan sin cuidado y diligencia algunos criterios meramente pragmáticos en el desarrollo de la función judicial, olvidando que la legitimidad de la administración de justicia encuentra su soporte en unas categorías axiológicas irreductibles, muy a pesar de quien investiga, acusa, juzga o condena.

Los funcionarios judiciales son administradores de justicia, pero de ordinario es asimilada tal justicia a la de la administración de la ley, o bien a la temida, anarquizante y consecuentemente peligrosa administración de la justicia que en su criterio subjetivo y particular tenga cada uno de estos funcionarios.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista y magister en derecho penal y criminología de la misma universidad. Especialista en derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid y la ESAP, Profesor de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia.

1. NOCIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Se ha de precisar inicialmente, que la justicia a la que aquí se alude, no corresponde a verificaciones meramente filosóficas ajenas al derecho viviente y dinámico, sino que, por el contrario, se trata de indagar la concreción jurídica de esa justicia como condición esencial, a la vez como obligación normativa constitucional para los operadores del sistema penal.

Es decir, para eludir posiciones superadas de una ortodoxa comprensión iusnaturalista del derecho —entendido como el derecho *naturalmente justo*—, surge la necesidad de verificar la elaboración jurisprudencial y doctrinaria que permita intentar una aproximación concreta al contenido de ese valor constitucional por el cual propugna el Estado.

La justicia, expone Rawls, viene a ser “la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Y así como una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera, de igual modo **no importa que las leyes o instituciones estén ordenadas y sean eficientes; si son injustas han de ser reformadas o abolidas**”¹.

145

Acoge así, el planteamiento del imperativo categórico de Kant al preferir la justicia al orden, la justicia a la certeza, la justicia a la seguridad; no desde una aprehensión iusnaturalista, sino como condición existencial del derecho, como supuesto axiológico, jurídicamente no sólo de legitimidad, sino también, de validez material.

La justicia constitucional ha de ser comprendida como el conjunto de obligaciones derivadas de la normativa superior a los poderes públicos, en el sentido de hacer efectivos los derechos fundamentales. Esa justicia constitucional utilizará en ocasiones criterios de igualdad o de libertad, sin que pueda confundírsele necesariamente con ellos, pues como se verá, lo igual no supone necesariamente lo justo, como tampoco lo libre es por sí mismo justo.

1 RAWLS John. Teoría de la justicia. Madrid. 1979. Pg. 19.

1.1. – Justicia constitucional, igualdad y libertad.

Sobre esto se ha indicado: “En muchas concepciones de la justicia se la identifica con la igualdad. **No creo que el total problema de lo justo se resuelva en la igualdad.** En la justicia está más acentuada la función ordenadora; es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. Evidentemente, la igualdad es un componente del criterio valorativo-ordenador que es la justicia; mas **no se trata de que la justicia es la igualdad, sino de que es justa la igualdad**”².

Acerca de lo expuesto, deseo precisar que tampoco es que la igualdad sea justa, pues en ocasiones la igualdad particulariza la injusticia como catalizador correctivo de lo igual, para reconocer la desigualdad en el caso concreto y conseguir lo justo particular.

146 Además, algunas igualdades son justas, como también pueden ser justas algunas desigualdades. Me parece que entre igualdad y justicia hay una relación teológica contingente; ni lo justo implica igualdad, ni la igualdad implica justicia, entonces, simplemente viene a coincidir en ocasiones lo justo igual o lo igual justo, pero no necesariamente ello es así.

Es por esto que jerárquicamente considero que el valor constitucional de la justicia estaría por encima del valor constitucional de la desigualdad, pues es frecuente que lo corrija, especialmente en aquellas hipótesis en que su simple criterio cuantitativo se queda corto para conseguir lo justo.

Al ser nociones contingentes, habrá casos en los cuales no coincidan. Ante la igualdad injusta se debe acudir a la equidad como correctivo de la desigualdad particularizadas y conseguir la justicia –sobre esto me detendré más adelante–.

2 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. El cambio político español y la Constitución. Planeta. Barcelona. Pg. 382.

Entonces, la injusticia no supone necesariamente desigualdad, pues se reitera, hay ocasiones en las que la desigualdad logra la justicia, vg. En la denominada 'discriminación positiva' que ha de ser ejercida respecto de los menos aventajados para conseguir su promoción con los demás.

La justicia constitucional es un predicado de la realización cualitativa de los derechos fundamentales, en tanto que la igualdad supone un predicado cuantitativo; así, si se alude a valores superiores fundantes de un ordenamiento jurídico, lo decisivo será el criterio de justicia, aunque ha de advertirse desde ahora que la justicia no se agota en sí misma, sino que tiene a su vez como soporte el valor de la dignidad de la persona humana, a partir de la cual puede construirse la "teoría de la justicia constitucional".

En consecuencia, **puede indicarse que es valorativamente posible la existencia de una justicia igual y de una justicia desigual, sin que se altere el valor de los justo. De la misma manera, es posible lo igual justo, y lo desigual justo. Lo que si no tiene cabida es lo igual injusto o lo desigual injusto.**

147

Al respecto, nuestra Corte Constitucional³ ha estimado que el alcance del artículo 13 de la Constitución Política, consiste en que la igualdad no supone ni exige la previsión ni la aplicación de normas exactamente iguales a todas las personas, sino la ausencia de discriminaciones en cuya virtud de un trato preferente o peyorativo a ciertas personas sin causa razonable o justificada. La igualdad se da mediante el reconocimiento de la diversidad de realidades objeto de regulación o decisión en el ámbito de lo jurídico, la cual amerita, bajo **criterios de justicia y equidad, reglas y resoluciones adecuadas a cada una y a través de la consagración y aplicación de mecanismos que aseguren trato igual para situaciones semejantes y diverso para la diferenciables.**

Debe procurarse el equilibrio, que se traduce en la justicia concreta, concepto que excluye las posibilidades de hacer de la igualdad

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones y ponderaciones.

Para concretar lo anterior, la propia Corte Constitucional ha establecido unos criterios⁴, en virtud de los cuales es posible que el trato diferente sea admisible, en cuanto constitutivo de una diferenciación legítima; vale decir, elementos para identificar cuándo nos encontramos frente a una situación de desigualdad justa, que de ser tratada de manera igual conllevaría su tratamiento injusto, así:

- Que las personas se encuentren efectivamente en **diferente** situación de hecho.
- Que el tratamiento diferenciado responda una **finalidad** determinada.
- Que dicha finalidad sea **razonable**, esto es, aceptable desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.
- 148 • Que el supuesto de hecho –es decir, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean **coherentes** entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna.
- Que esa racionalidad sea **proporcionada**, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

De la misma manera y como ya se adelantaba, la libertad está determinada en su órbita y sentido último de validez material por el criterio de la justicia. Puede haber justicia sin libertad, pero lo que no puede existir es libertad sin justicia, justicia que necesariamente ha de concretarse desde la perspectiva de los derechos fundamentales y no desde la subjetivista posición del intérprete en un momento determinado acerca de lo que él estima que es la justicia.

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Le asiste entonces razón al profesor García de Enterría, cuando precisa: “Todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción substancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez”⁵, y precisa en un texto diverso: “Dicha interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en el resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”⁶.

Se trata aquí de lo que ha venido denominándose principio *pro homine* o dogmática *ius humanista*⁷, en el sentido de comprender el alcance de la justicia a favor de la persona humana y no en su contra, esto es, haciendo realidad el valor identificado plenamente a su destinatario –la persona–, más allá de la simple idea de las instituciones e inclusive de la sociedad misma, con el fin de no transpersonalizar ni mediatizar al individuo.

Sobre esto, con acierto puntualizó el Tribunal Constitucional Español: “la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino de uno de los valores superiores del mismo (artículo 1.1 de la C.E.). No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional (todos tienen derecho a ser informados de la acusación... artículo 24.2 C.E.), en aras de una “justicia material, que,

5 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Civitas. Madrid 1986. Pg.31.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas. Madrid. 1985 pg. 102.

7 Cfr. BARRETO ARDILA Hernando. La jurisprudencia en un Estado Social y democrático de derecho material. En revista Derecho Penal y Criminología No. 51. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá. 1993.

entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y el cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia”⁸.

Igualmente, en el sentido de rechazar y evitar la arbitrariedad se destacó: “La interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor variabilidad y vigor al derecho fundamental. La interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de algunas *res dubia* o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales”⁹.

150 Obsérvese que en estos casos de duda en la aplicación del texto normativo, juega papel medular el contenido axiológico que se encuentra como soporte de cada una de las disposiciones constitucionales que regulan derechos fundamentales; estos valores no pueden ser otros en concordancia con la primacía que es otorgada a los derechos fundamentales; estos valores no pueden ser otros que los declarados en el artículo 1º y 2º de la Constitución Política, en concordancia con la primacía que es otorgada a los derechos fundamentales en el artículo 5º de la misma Norma Superior.

Considero, que de esta manera queda proscrita la temida anarquía y arbitrariedad, pues sólo es legítima materialmente la invocación de la justicia a favor de la persona, es decir, en cuanto constituya un *plus* desde el mínimo que es la ley en su favor, y no en cuanto sea tratada por debajo de ese mínimo de garantía.

Concluyendo ,el tema de la justicia constitucional, la igualdad y la libertad, comparto en un todo la afirmación del profesor Joaquín

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 20/87 de febrero 19. Recurso de amparo. M. P. Francisco Tomás y Valiente.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 1/89 de enero 16. Recurso de amparo. M. P. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Arce y Flórez: “Se trata, en definitiva, en correcta lógica conceptual los límites a la libertad y a la igualdad no pueden provenir o imponerse en nombre de la misma libertad o de la igualdad, sino en función de la justicia. Y así se comprende que, a veces, libertad e igualdad no admitan limitaciones que, de imponerse, son tachadas de coactivas o discriminatorias, como contrarias a las exigencias de justicia; mientras que en otras ocasiones las limitaciones adquieren justificación (justicia), porque la desigualdad o la negación de libertad constituyen exigencias o requerimientos de la justicia”¹⁰.

1.2 Justicia Constitucional y función judicial

1.2.1. El tránsito del paradigma consensual al paradigma conflictual

Se trata de controlar, no como sistema organizacional de carácter transpersonalista sin importar los costos sociales, individuales, éticos y personales, sino controlar a partir de la libertad merecida y debida a todos, precisamente para garantizar la libertad de cada uno, esto es, **controlar el uso ilegítimo de la libertad de todos para garantizar la libertad individual.**

151

Este control se ejerce única y exclusivamente en la medida que el ejercicio de la libertad pierda substrato legitimante y por ello ocasiona vulneración a la libertad y derechos ajenos, pues no de otra manera puede integrarse la ley penal con un contenido material de justicia como condición de validez axiológica y ontológica desde la concepción de un Estado social de derecho.

Con ocasión de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si el Estado colombiano se declara constitucionalmente como “democrático”, ello supone hacer las siguientes precisiones:

1.2.1.1. – En el antiguo Estado simplemente de derecho, operaba el principio de autoridad, en virtud del cual eran cumplidas las

10 ARCE Y FLÓREZ VALDES Joaquín. Los principios generales del derecho y su formación constitucional. Civitas. Madrid 1990. Pg. 142.

disposiciones del poder, partiendo para tal efecto de un principio de igualdad formal, no real y de la existencia de un paradigma consensual en la organización y constitución de ese Estado.

Siendo así, **el Estado de derecho suponía la existencia de una convivencia pacífica entre iguales, donde no hay conflicto, ni choque de intereses, sino acuerdo, consenso, unanimidad, dando lugar a lo que se ha denominado una situación de normal normalidad**; vale decir, lo propio de una organización vertical del poder en la cual prima el principio de autoridad y las garantías son meramente formales, conlleva a creer como supuesto sociológico y político de la sociedad en un Estado organizado, en el cual las personas se ajustan al rol del *buen ciudadano* definido por el poder.

152 En consecuencia, partiéndose de un artificial desempeño generalizado del *rol de buen ciudadano* asumido por los miembros de la sociedad, la intervención penal del Estado se justificaba en aquellos casos en los cuales se transitaba de la normal normalidad a la normal anormalidad; esto es, cada que el Estado intuía o se percataba de la existencia de un conflicto, una tensión, una pugna, una lucha de intereses, se consideraba legitimado para intervenir, en procura de volver las cosas a su estado ordinario de normalidad, y así lo hacía, ya a través de sus disposiciones legales, o bien mediante la intervención de funcionarios (jueces) consiguiendo la judicialización penal de los conflictos, a la vez que despojando del conflicto a sus titulares.

1.2.1.2. – Por el contrario, **en el Estado Social y Democrático de Derecho, el paradigma consensual ya no es de recibo, pues fueron demostradas sus inconsistencias, particularmente con soporte en la noción democrática de la organización política, que supone precisamente el respeto por la disidencia, por la diferencia, por el pluralismo, lo cual conlleva como condición ontológica de su realidad la existencia de conflicto, tensión, lucha de intereses, pugna y juego de contrarios, que a la postre integrará el modelo conflictualista, dando lugar a la denominada situación de normal anormalidad.**

Es decir, lo propio de la organización democrática de la sociedad es una permanente situación de tensión, pues ya queda atrás la supuesta coexistencia pacífica de los miembros de la sociedad –más propia de un reino de ángeles que de una comunidad de personas –, imponiéndose ahora reconocer que no siendo todos iguales, los intereses, comportamientos y desarrollos sociales, son necesariamente diferentes, y siendo diferentes, supondrán necesaria y constantemente su conflicto.

En consecuencia, aquí la intervención punitiva del Estado no puede tener un contenido de legitimidad y valía cuando ocurra frente a situaciones propias de la normal anormalidad, pues como ya se advirtió, es ésta la característica esencial que permite llamar a las sociedades como democráticas; siendo ello así, la intervención penal del Estado debe tomarse en residual y exceptiva, dirigida no a conseguir que la normal anormalidad se convierta en normal normalidad –pretensión completamente absurda e imposible–, sino a prevenir que la normal anormalidad se convierta en anormal anormalidad, a la vez que reprimir aquellos comportamientos que precisamente han realizado dicho tránsito, esto es, que de la normal anormalidad han arribado a la anormal anormalidad.

153

En el Estado democrático, entonces, la intervención penal oficial (legislativa, judicial o ejecutiva) carece de fundamento constitucional cuando se ocupa de situaciones de normal normalidad o normal anormalidad; la primera por imposible e inalcanzable, y la segunda por ser propia de la organización democrática, lo cual supone que reconociendo el poder de la organización democrática, lo cual supone que reconociendo el poder que la normal anormalidad constituye un desarrollo ordinario de la vocación democrática de las sociedades, le está vedado intervenir para cambiar las cosas de cómo realmente son; igualmente esto imposibilita en este estadio al Estado para despojar a los individuos de la titularidad de sus conflictos.

La política penal legítima del Estado democrático –si es que el poder no quiere negar las características propias de la organización democrática y pretende obligar con el valor jurídico para que su dere-

cho sea obligatorio y válido – tiene que ser exceptiva y residual, ocupándose únicamente de prevenir, a la vez que reprimir aquellas situaciones que, como se advirtió, han transitado de la normal anormalidad a lo anormal anormalidad.

2. LA TENSION SOCIEDAD – INDIVIDUO

2.1. *De la tutela del bien común*

He destacado hasta aquí la situación preferencial que comporta la persona humana en el modelo de Estado que se encuentra formalmente postulado en la Constitución Política, correspondiendo ahora evaluar la gestión que compete al derecho penal en sede, no ya de los bienes jurídicos en su noción personal, ni dentro de criterios de justicia personal *iusnaturalista*, sino en lo predicable de los bienes jurídicos colectivos.

154 Se hace necesario, entonces, entrar a precisar cuál es el objeto de tutela que ha de atender el legislador al ocuparse del bien común, y para ello, nuevamente, se acude al eje central del Estado social, y democrático de derecho, esto es, a la persona humana, entendida no como individuo, sino en cuanto ser social que se interrelaciona con los demás miembros de la comunidad.

Es cierto y válido que el derecho penal surge particularmente para tutelar bienes jurídicos de los cuales son titulares las personas individualmente consideradas (vida, salud, propiedad), según fuera inicialmente concebido por Birnbaun; no obstante, el ejercicio de los atributos de la personalidad y el desarrollo constante de la sociedad, imponen la existencia de una serie de condiciones necesarias para que pueda tener real y cabal ocurrencia la titularidad de los bienes jurídicos personales; pues nótese, que no basta la garantía individual de la titularidad del derecho o del atributo, si junto a ello no se evidencia como condición esencial, creación de las circunstancias materiales que hagan posible y cierto su ejercicio.

Así pues, las noción de “bien común” a la que se refiere el artículo 133 de la Carta, como deber de los miembros de cuerpos colegia-

dos de elección directa que representan al pueblo, puede ser desintegrado en dos nociones así: la primera, que entiende el bien común como la particular, personal y singular situación de todos y cada uno de los individuos, en cuanto miembros de una comunidad, por vía de la satisfacción de sus necesidades y atención a sus exigencias, con el fin de mantener un clima de tranquilidad, prosperidad y beneficio en la sociedad.

La segunda, entendida como el beneficio comunitario, plural general y social, que corresponde no al individuo, sino al grupo considerado como tal, resultado de esta noción el concepto de bienes colectivos o universales, en cuanto corresponden a todos pero no son integralmente de alguien en particular, ni alguno puede precisar porcentualmente el derecho que sobre esos bienes posee o ejerce.

Sobre lo anterior expresa Hassemer: "Un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona; solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre"¹¹. 155

Igualmente Mounier, desde su aprehensión antifuncionalista de la sociedad, precisa: "En el mundo viviente, la finalidad expresa una estrecha subordinación de las partes al todo y de las partes entre sí por un juego de fuerzas complementarias. Una estructura de este tipo no puede regular una sociedad de sujetos espirituales, cada uno de los cuales tiene su fin en sí mismo, al mismo tiempo que en el todo: introduciría en ello un totalitarismo de la organización, como el que reina en ciertas sociedades primitivas *comunistas* (en el viejo sentido de la palabra), como el que establecería una tecnocracia pura. Pero la organización no es posible sino por las personas y en el campo estructural del universo de personas. Si no, en lugar de liberar al hombre, da origen a un nuevo estado de naturaleza, reino de *masas*, reino de la *maquinaria* y de sus directores, cuyo juguete es la persona"¹².

11 HASSEMER Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En revista Doctrina Penal. Nos 46-47. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1989. Pg. 282

12 MOUNIER Emmanuel. El Personalismo. Editorial Nueva América. 3ª. Edición. Bogotá. 1989. Pg. 63.

Estimo que sólo así, puede reconocerse efectivamente la superioridad de la persona sobre todos los valores en el Estado social de derecho, su prevalencia sobre la sociedad y con mayor razón sobre las instituciones, las cuales están al servicio de ella, pero también impone reconocer su responsabilidad individual en el beneficio propio, ajeno y común a todos, siempre que el precio para lograr el beneficio comunitario o social no comporte su sacrificio individual, y siempre que la intervención penal del Estado no desborde los límites determinados por la prevención y represión de las conductas ubicadas en la anormal anormalidad.

2.2. *La prevalencia de interés general sobre el interés individual no es un axioma*

156 A propósito recuérdese, que la expresión “el interés general prevalece sobre el interés particular”, únicamente es de recibo cuando el interés individual no se encuentra soportado en un derecho fundamental individual, pues en caso de encontrar tal apoyo, el interés general no puede desplazar el derecho fundamental individual, en cuanto tal derecho tiene la especialísima característica de ser inalienable, esto es, no susceptible de enajenación, de transacción, de negociación, y por ello, no está llamado a ceder frente al interés general.

Lo anterior es así, si se tiene en cuenta que la valía de los derechos fundamentales no depende de argumentos cuantitativos determinados por una mayoría cierta o presunta, sino de su estructura ontológica como inherentes a la persona humana y su eminente dignidad. Pues “los derechos individuales son triunfos políticos en mano de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”¹³.

No se trata entonces de la prevalencia de los intereses colectivos o de bienes jurídicos universales sobre los intereses individualmente

13 DWORKIN Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona. 1995. Pg. 37.

considerados del hombre, sino precisamente, de encontrar el punto de interrelación, consonancia, acuerdo y beneficio, siempre a favor de la persona humana como eje fundamental del Estado social de derecho; lo contrario sería transpersonalizarla, y no reconocerla como fin en sí misma y consecencialmente negarle lo merecido –su dignidad– en atención a su especial condición.

Con razón expone María Soledad Alvear: “un sistema político democrático no sólo debe ser entendido en su sentido puramente procedimental, es decir, por democracia no sólo hemos de entender un sistema político en el que las decisiones públicas se adoptan por personas o autoridades escogidas en conformidad a la regla de la mayoría. Más que eso –y así lo muestra la evolución de los sistemas políticos europeo-occidentales de la inmediata posguerra– una democracia supone la vigencia de ciertos principios de legitimidad que se erigen en fundamento, y a la vez en límite, del mero principio de las mayorías. El principal de esos principios de legitimidad erigido en el constitucionalismo contemporáneo en un verdadero límite de la soberanía de los Estados, es el principio de los derechos humanos. Sistema político democrático y derechos humanos constituyen, así, una unidad indisoluble”¹⁴.

157

En efecto, obsérvese que modernamente se nota una fuerte tendencia a confundir sociedades democráticas, con sociedades en las cuales existen masas de votantes, adoptando el modelo de democracia propuesto por John Locke, que fuera posteriormente criticado al ser tildado de “tiranía de las mayorías”, y no, el modelo de democracia propuesto por Jacobo Rosseau, al entender la democracia como el punto común de acuerdo entre diferentes, pues sólo en esta comprensión es viable el respeto individual de la persona, sin necesidad de mediatizarla en procura de satisfacer intereses generales –no siempre demostrables, y con un fin exclusivamente pragmático y utilitarista, pero no axiológico–, consiguiendo que los derechos fundamentales individuales no estén llamados a ceder frente al simple dato cuantitativo de la mayoría.

¹⁴ ALVEAR VALENZUELA María Soledad. Sobre la protección de los derechos humanos. En revista El Penalista No. 6 Librería El Profesional. Santa Fe de Bogotá. 1994. Pg. 43.

3. *Del silogismo a la creación de derecho*

Deseo ahora realizar reflexiones acerca de la justicia que administran los funcionarios judiciales, es decir, sin en virtud del artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social organizado de manera democrática y fundado en el respeto de la dignidad humana, encuentro de particular interés verificar cuál es la justicia a la están llamados a administrar los funcionarios judiciales penales.

En efecto, desde una perspectiva netamente positivista y recalcitrantemente liberal, al funcionario judicial no estaba permitido hacer juicios de valor, sino únicamente realizar el denominado *silogismo de la justicia*, en procura de evitar su arbitrariedad y libre discreción.

158 Ahora, en los Estados que adoptan el modelo de sociales y democráticos de Derecho, en los que los poderes públicos no tienen una misión de meros observadores del acontecer diario de los ciudadanos, sino que están llamados a efectuar unas gestiones de prestación, y se sustentan en valores superiores que entregan un contenido material de legitimidad a todas las expresiones del poder, los funcionarios judiciales abandonan su papel de *boca de la ley*, para convertirse en hombres de pensamiento que aportan con sus decisiones impregnando sus actos con los valores propugnados por el Estado - recuérdese lo expresado anteriormente, en el sentido que el funcionario judicial no consigue la justicia, sino una decisión axiológicamente justa -.

Resulta de importancia precisar entonces, sí al funcionario judicial le corresponde un papel creador de derecho, o si por el contrario, su gestión se toma meramente en tecno - mecánica en el proceso de aplicación de la ley.

Sobre ello, el mismo Kelsen -adalid del positivismo- exponía: “La *jurisdictio* o acto de decir el derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos ... La jurisdicción

15 KELSEN Hans. Teoría del derecho. Eudeba Buenos Aires. 1975. Pg 151.

tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho”¹⁵, y al respecto, con gran elocuencia puntualiza el profesor García de Enterría: “Es, justamente, la polémica sobre los límites del poder del juez, y es uniforme la aceptación de su poder creador, aunque siempre sobre el punto de partida del texto constitucional o de sus valores fundamentales, naturalmente, y no en su contra”¹⁶.

En sentido similar Dieter Simon: “Con el despliegue de la concepción teleológica y de la doctrina objetiva de la interpretación por un lado, y los resultados de los hermeneutas posteriores por el otro (la aplicación del Derecho es una cuestión de hecho, mientras que la norma produce), la jurisprudencia ha pasado a ser creadora de Derecho”¹⁷.

Vale decir, es razonable el temor a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales en la manipulación de la ley que bajo una real o supuesta argumentación axiológica permita ir de un lado a otro, con todas las consecuencias de inseguridad e incertidumbre que ello produciría. No obstante, son los procesos de decantación conceptual los que históricamente dan sentido y precisión -que no fijeza ni estaticidad- a aquellos conceptos jurídicos indeterminados que estructuran los valores.

159

A manera de reflexión puede llamarse la atención en el temor generalizado de la sociedad a que la justicia se politice; no obstante, atrapados en la discusión sobre su conveniencia, no se percatan que el papel del funcionario judicial es esencialmente político, pues actúa como un elemento catalizador en la solución de conflictos y esto asegura -o por lo menos está llamado a asegurar- la convivencia tolerante por vía de no acudir a la justicia privada.

Es más, el funcionario hace política en cuanto capacidad de trazar las pautas más convenientes y razonables con soporte en la ley llena de

16 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo. Reflexiones... Ob. Cit. Pg 97.

17 SIMON Dieter. La independencia del juez. Editorial Ariel. Barcelona. 1985. Pg. 110.

referentes valorativos constitucionales¹⁸ en el caso concreto. No se trata de una política para el Estado, para la nación o para el pueblo; se trata de una política para el usuario de la administración de justicia a la cual concurre en demanda de la vigencia de sus derechos fundamentales, pero reconociendo que ese individuo se halla incrustado en ese Estado, en ese pueblo y en esa nación, y que dicha vinculación ha de reportarle algún buen sentido a su existencia.

En sentido similar el profesor García de Enterría: “El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación del derecho”¹⁹.

160 Supongo que la denominada *politización de la justicia* a la que tanto teme la sociedad, es aquella en la cual los partidos políticos asumen injerencia en los funcionarios judiciales que toman decisiones, es decir, cuando la justicia sea partidista o sectorial y en sí misma cree la contradicción de no ser igual, promover la discriminación negativa, establecer diferencias no razonables, etc.

De lo expuesto puede concluirse, que el funcionario judicial no es solamente aplicados de normas legales, sino un creador de derecho, lo cual comporta que también su función tiene un contenido axiológico, a la vez que desarrolla una gestión política que no le es ajena, y que por el contrario lo compromete en los términos previstos en los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Constitución Política.

En este sentido ha manifestado el Tribunal Constitucional Español: “La función judicial, que se traduce y se refleja fundamentalmente en las resoluciones y sentencias de los Jueces y Tribunales, no es

18 Cfr. BARRETO ARDILA Hernando. Imperio de la ley y decisiones judiciales. Una reflexión. En revista Nueva Epoca No. 1. Universidad Libre. Santa Fe de Bogotá. 1993. Pg. 83

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 406 de junio 5 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, las normas (sujeción a la ley) y, en definitiva, por la Constitución”²⁰.

Consecuencialmente, “administrar justicia no es, pues, con toda claridad, para la Constitución un simple juego formal que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier ‘valor superior’. Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal, justicia que además, en cuanto poder formalizado, se origina en la conciencia social misma, en el pueblo, como uno de los componentes capitales de la sociedad civil a cuyo servicio la Constitución y el Derecho, por tanto, están ordenados”²¹.

Para concluir el tema y por su exactitud, permítaseme traer a colación una vez más al profesor García de Enterría, cuando afirma: “El Juez no es, desde luego, un órgano ciego y automático de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria, teniendo en cuenta que la igualdad es otro principio que postula también por si mismo la uniformidad del Derecho no sólo en su enunciación abstracta, sino en su aplicación concreta. El juez, pues, no es verdad que sea un simple instrumento ciego del legislador; es mas bien su complemento indispensable en el momento de la aplicación del Derecho para que la sociedad pueda vivir un orden justo y libre”²².

161

Naturalmente, ejercer un “control, allí donde haya elementos controlables, no equivale a libertad a los jueces para que decidan en ámbitos que la ley no ha querido”²³.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 120/87 de julio 10. Recurso de amparo M.P. Carlos de la Vega Benagas.

21 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo. Reflexiones... Ob. Cit. Pg. 99

22 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo. La crisis del derecho y sus alternativas, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996. Pg. 34-35.

23 MARTIN-RETORTILLO BAQUER Lorenzo. Bajo el signo de la Constitución. pg. 22.

4. CONCLUSIONES

- La justicia constitucional ha de ser - comprendida como el conjuento de obligaciones derivadas de la normativa superior a los poderes públicos, en el sentido de hacer efectivos los derechos fundamentales.
- No es que la igualdad sea justa, pues en ocasiones la igualdad particulariza la injusticia y se impone acudir a la solución en equidad, caso en el cual, la equidad es utilizada como catalizador correctivo de lo igual, para reconocer la desigualdad en el caso concreto y conseguir lo justo particular.
- La justicia constitucional es un predicado de realización cualitativa de los derechos fundamentales, en tanto que la igualdad supone un predicado cuantitativo; así pues, si se alude a valores superiores fundantes de un ordenamiento jurídico, la jerarquía superior radicará en el criterio de justicia, que tiene a su vez como soporte el valor de la dignidad de la persona humana, a partir de la cual puede construirse la "teoría de la justicia constitucional".
- En virtud del principio *pro homine* o dogmática *ius humanista*, se ha de comprender el alcance de la justicia en favor de la persona humana y no en su contra, esto es, haciendo realidad el valor identificando plenamente a su destinatario - la persona -, más allá de la simple idea de las instituciones e inclusive de la sociedad misma, con el fin de no transpersonalizar ni mediatizar al individuo.
- Sólo es legítima materialmente la invocación de la justicia en favor de la persona, cuando se constituya en un *plus* desde el mínimo que es la ley en su favor, y no en cuanto sea tratada por debajo de ese mínimo de garantía.
- Si bien la ley penal constituye la formulación de postulados para desarrollar el control social formal sobre los comportamientos de los individuos, tal control ha de ser adelantado dentro de unos lineamientos legitimantes de la acción estatal que se concretan en

el respeto por la persona en su singularidad, independencia y diferencia.

- El sistema penal debe controlar a partir de la libertad merecida y debida a todos, precisamente para garantizar la libertad de cada uno, esto es, controlar el uso ilegítimo de la libertad de todos para garantizar la libertad individual.
- El Estado Social y Democrático de Derecho se construye a partir del paradigma conflictual, que supone precisamente como condición ontológica de su realidad la existencia de conflicto, tensión, lucha de intereses, pugna y juego de contrarios, dando lugar a la denominada situación de normal anormalidad.
- En el Estado democrático la intervención penal oficial (legislativa, judicial o ejecutiva) carece de fundamento constitucional cuando se ocupa de situaciones de normal normalidad o normal anormalidad; la primera por imposible e inalcanzable, y la segunda por ser propia de la organización democrática.
- El interés general prevalece sobre el interés particular únicamente cuando el interés individual no se encuentra soportado en un derecho Fundamental individual; en caso de encontrar tal apoyo, el interés general no puede desplazar el derecho fundamental individual pues tal derecho tiene la especialísima característica de ser inalienable.
- La valía de los derechos fundamentales no depende de argumentos cuantitativos determinados por una mayoría cierta o presunta, sino de su estructura ontológica como inherentes a la persona humana y su dignidad.
- En el Estado social y democrático de derecho, los funcionarios judiciales abandonan su papel de boca de la ley, para convertirse en hombres de pensamiento que aportan con sus decisiones impregnando de sus actos con los valores propugnados por el Estado.

- El funcionamiento judicial hace política, en cuanto capacidad de trazar las pautas más convenientes y razonables con soporte en la ley llena de referentes valorativos constitucionales en el caso concreto. No se trata de una política para el Estado, para la nación o para el pueblo; se trata de una política para el usuario de la administración de justicia a la cual concurre en demanda de la vigencia de sus derechos fundamentales.
- El funcionario judicial no es solamente aplicador de normas legales, sino un creador de derecho, lo cual comporta que también su función tiene un contenido axiológico, a la vez que desarrolla una gestión política que no le es ajena, y que por el contrario lo compromete en los términos previstos en los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Constitución Política.