



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano

Carlos Eduardo Pulido Callejas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Línea de Profundización en Derecho Penal
Bogotá D. C. Colombia
2014

La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano

Carlos Eduardo Pulido Callejas
Código: 06701686

Tesis presentada como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Profesor (PhD) Francisco Acuña Vizcaya

Línea de Profundización:
Maestría en Derecho con Profundización en Derecho Penal

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Línea de Profundización en Derecho Penal
Bogotá D. C. Colombia
2014

A Dios; porque sin él nada es posible.

*A mi hijo Brian Eduardo Pulido Ospina quien ha sido,
es y será mi principal fuente de inspiración y motivación.*

*A la memoria de mi Señora Madre quien desde el cielo
se ha convertido en mi ángel guardián y protector*

*A mis maestros que me legaron su conocimiento
y sabiduría a través de cada una de sus enseñanzas.*

*Y a todos mis amigos compañeros de estudio que
me acompañaron durante todo el proceso de formación.*

Resumen

El papel principal del Juez de conocimiento de la ley 906 de 2004 al momento de ejercer su función principal la cual es la elaboración de la sentencia absolutoria o condenatoria dirigida hacia la persona del acusado, se ve permeado por una serie de factores internos y externos que afectan la imparcialidad que lo debe caracterizar en el cometido de dicha tarea; así como, para la consecución de los fines legales y constitucionales encomendados. Al incidir estos factores en la toma de sus decisiones, se deja a un lado el mero papel de aplicador del derecho penal (aplicación del principio de la estricta legalidad) y ahora se convierten en verdaderos creadores de derecho, cuya conversión de funciones directamente inducida, afecta a la toma de decisiones en ese sentido. En realidad, es la aplicación de la tesis principal defendida por los teóricos que defendieron la corriente del Realismo Jurídico, traducido en la eficacia del derecho por encima de la validez, donde el juez juega el papel principal de creador del derecho vigente. La consecuencia más nefasta se mide en la desviación de los fines del *ius-puniendi*, la inseguridad jurídica así como la afectación de la imparcialidad y del debido proceso en contra de la persona del acusado.

Palabras Clave: Realismo Jurídico – Juez – Legalidad – Sentencia – Imparcialidad – Creador – Eficacia – Validez – *Ius-Puniendi*– Inseguridad Jurídica – Debido Proceso – Acusado.

Abstract

The main role of the trial judge of the Law 906 of 2004 at the time when exercising its main function which is the development of acquittal or conviction directed toward the person of the accused, is permeated by a series of internal and external factors that affect the impartiality that must characterize the mission of the task, and to achieve the mandated constitutional and legal purposes. By influencing these factors in making their decisions, they put aside the mere role of criminal law applicator (applying the principle of strict legality) and now become true creators of law, whose conversion functions directly induced decisions in this regard. Actually, it is the application of the main thesis defended by theorists who defended the current Legal Realism, translated into the effectiveness of the right over the validity, where the judge plays the lead role of creator of existing law. The most ominous consequence deviation is measured in the end the right to punish, and the involvement of fairness and due process against the accused person.

Keywords: Legal Realism – Judge – Legality – Judgment – Impartiality – Creator – Effectiveness – Validity – *Ius-Puniendi* or *Right to Punish* – legal Uncertainty – Due Process – Accused.

Contenido

Pág.

Resumen y Abstract VII

Introducción 1

1. El realismo jurídico	7
1.1. El realismo jurídico como nueva opción frente a las corrientes clásicas del derecho (ius-naturalismo – ius-positivismo)	7
1.2. Realismo Jurídico y sus diferentes perspectivas teóricas	13
1.2.1. Realismo Jurídico Clásico	14
1.2.2. Realismo Jurídico Norteamericano	15
1.2.3. Realismo Jurídico Escandinavo	17
1.3. El Realismo Jurídico de Alf Ross y Karl Olivecrona	18
1.3.1. Realismo Jurídico de Alf Ross	19
1.3.2. Realismo jurídico de Hans Olivecrona	22
2. El realismo jurídico de la discrecionalidad judicial	25
2.1. Corriente del realismo jurídico y la discrecionalidad judicial	25
2.2. Discrecionalidad judicial	29
2.3. Arbitrariedad judicial	34
3. El sistema penal colombiano y la injerencia de la corriente realista en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces	39
3.1 Factores externos que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces	42
3.1.1 La influencia de las agrupaciones guerrilleras	43
3.1.2 La influencia de las agrupaciones paramilitares.	46
3.2 Factores internos que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces	50
3.2.1 Factor Interno de mera personalidad.	51
3.2.2 Factor Interno Psicológico.	53
3.3 Factores coyunturales que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces.....	57
3.3.1 La influencia Política.....	59
3.3.2 Los medios de comunicación.	62
4. Aplicación de la realidad presente en el pensamiento del juez penal en Colombia	71
4.1. Injerencia de la corriente del realismo jurídico en el Sistema Penal Colombiano	72

4.2. Perjuicios de la presencia de la corriente realista en el Sistema Penal Colombiano.....	76
5. Conclusiones	81
Bibliografía.....	93

Introducción

Durante mucho tiempo los teóricos del derecho y en particular los del derecho penal se han encargado de exaltar las garantías que encierra el derecho penal subjetivo; principalmente la de *lex-stricta* o *Estricta Legalidad*, para el órgano jurisdiccional está llamado al momento de encuadrar una conducta recogida en el Código Penal bajo la denominación “Tipo”, darle la categoría de “punibilidad” y posteriormente aplicar la pena impuesta para tal conducta; esa lucha ha dado sus frutos y ha sido plasmada en muchas Convenciones sobre Derechos Humanos, Constituciones Nacionales y Códigos Penales Sustantivos y Adjetivos. Colombia no ha sido la excepción y ha encuadrado en su marco constitucional y legal dicha garantía: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre-existentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”¹.

Desde el advenimiento de corrientes de pensamientos como las de Lewellyn, Duncan Kennedy, entre otros, aquel papel en el que el Juez era una simple herramienta de aplicación del derecho pasó a formar parte de un noble sueño y tomó fuerza, sobre todo en países latinoamericanos -v.gr. Colombia- la idea que el Juez era el determinador del alcance de la ley, inclusive que éste definía lo que es y no es derecho.

Por ejemplo Duncan Kennedy, en *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*, describe la actividad judicial a partir de una serie de ejemplos, estableciendo la diferencia entre la aplicación del derecho y el fenómeno que antecede a su creación: “Describir el proceso de la argumentación jurídica tal y como imagino si ocurriría si yo fuese un juez al que se le asigna un caso de aquellos que desde el primer momento parece presentar un conflicto entre lo que “la ley” exige y “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar... es muy posible que resulte útil en el momento en el que se quieran evaluar las distintas nociones

¹ Artículo 29, Constitución Política de Colombia.

de imágenes que se tienen de la ley y que suelen figurar en el debate político, en la teoría social y en la discusión jurídica”.²

En realidad, Kennedy y los otros precursores de una nueva corriente del derecho distinta al *ius-naturalismo* y el positivismo jurídico, la cual es la del Realismo Jurídico, intentaron convencer a los estudiosos del derecho que la realidad de éste, no está dada por la letra muerta de la ley sino por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la cual se desenvuelve la actividad jurisdiccional: el Juez está rodeado por una dinámica social, personal, política y comunicacional que hace que su papel no sea el de mero aplicador de la ley, sino que sus decisiones están influenciadas por el contexto planteado, del cual no puede escapar, y esto es por estar inmerso en él.

El Juez de conocimiento de la ley 906 de 2004 no es ajeno a tal realidad y se ve inmiscuido en una realidad social donde sus enfermedades, sus problemas personales, los medios de comunicación, la política, la religión, entre otros aspectos, están permanentemente en él, y éstos a su vez influyen en la actividad que llevan a cabo en los estrados judiciales. Esta rama del derecho es la que tiene mayor influencia con relación a lo mencionado por Kennedy, en la medida en que está constantemente vinculada con el público en general, con los medios de comunicación dando opiniones acerca de los casos que los jueces manejan, la opinión pública, la situación de orden público que padece el territorio; entre otros Factores, que inducen al juez penal al momento de la elaboración del sentido del fallo y la posterior sentencia.

Es así; que siempre se sostuvo una discusión entre las dos corrientes principales de la filosofía del derecho, *entre el ius-naturalismo* y el *ius-positivismo*, con los principales exponentes de una y otra corriente, siempre entre la rivalidad de cuál de las dos corrientes debía regir en lo referente a la aplicación del derecho; siempre en todo caso, defendiendo el criterio de validez.

Sin embargo; de estas dos corrientes clásicas del derecho, se va vislumbrando ya no solo el criterio de validez como el único criterio de la aplicación del derecho, si no, que va

² KENNEDY, Duncan: *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Pág. 91.

cobrando fuerza el criterio de la eficacia del derecho y surgen autores como H.L. Hart y Dworkin –entre otros- quienes en su forma de pensar cuestionan la rigidez del criterio validez, para combinarlo con la eficacia en la aplicación de una norma, cuyas discusiones conllevan; principalmente a Hart, en su pensamiento de un sistema incompleto, a la implementación de un juez creador de derecho.

Nace entonces; la teoría de la adjudicación; en donde el juez no es el mero aplicador de una letra muerta en la ley, si no, que éste cobra un papel importante en su actuar, pues no se somete al imperio de la ley; si no, que tiene en cuenta diversos criterios en su actuar, como juez creador de derecho y siendo esto así, va surgiendo la nueva corriente del derecho; esto es, el realismo jurídico; corriente que al igual que las clásicas tiene diferentes exponentes y lógicamente una evolución teórica y práctica.

Pasamos por un realismo jurídico clásico; en el cual, así sea de manera indirecta o su propósito no haya sido específico, influyendo teorías como la Aristotélica y la Tomista cuando su pensamiento iba encaminado a que el derecho era lo justo, lo que a cada cual le correspondiera, siempre pensando en el criterio de justicia; a un realismo jurídico que se podría llamar puro, el realismo jurídico norteamericano cuyo principal exponente es Duncan Kennedy; y que pregona la eficacia por encima de la validez del derecho, donde se ve como el verdadero derecho ya no está determinado por una norma, sino por la sentencia que emite un operador de justicia; y es precisamente allí donde se ve la eficacia del derecho, pues para llegar a una sentencia se recorrió un camino por parte del juez siempre tendiendo a buscar una eficaz aplicación de la norma.

Paralelo a esta corriente norteamericana; veremos cómo nace la corriente realista escandinava, la cual pretende rescatar el criterio de validez de la norma y conciliarla con el criterio de eficacia; una y otra corriente cuyos principales exponentes son Alf Ross y Karl Olivecrona; ya que uno y otro autor pretende en su manera conciliar los dos criterios, apartándose de la corriente norteamericana que pregonaba solo la eficacia del derecho dejando de plano la validez; y por su puesto indicando que no puede haber eficacia sin la existencia de una norma válida.

Está nueva corriente; la del realismo jurídico, se verá reflejada dentro de lo que llamamos la discrecionalidad judicial, marco dentro del cual el operador de justicia tiene libertad

para moverse en su camino a la elaboración de una sentencia; en donde en el caso específico de nuestro ordenamiento penal –ley 906 de 2004- se verá como nuestros jueces penales no se ciñen al imperio de la ley para aplicar el derecho; si no, que tienen en cuenta diferentes factores –a voluntad o impuestos- para emitir sus fallos.

Sin embargo; esta discrecionalidad judicial de los jueces; en muchas ocasiones se verá permeada por factores de la cotidianidad, que harán caer al juez en lo que llamamos o conocemos como la arbitrariedad judicial, en donde se tergiversa los postulados de la corriente realista que busca la eficacia por encima de la validez, y se cae en la arbitrariedad judicial, en la cual ni hay validez ni mucho menos eficacia de una norma aplicada en el sentido estricto del derecho.

Es así como se verá; que existen algunos factores tanto externos como internos, que afectan a la persona del juez penal –en nuestro caso de estudio-, factores externos como por ejemplo la influencia de grupos guerrilleros o grupos paramilitares de acuerdo a la región donde estos ejerzan su influencia y a la posición dominante que ejercen sobre los operadores judiciales para obtener sentencias que de una u otra forma los beneficie. Factores internos de mera personalidad, psicológicos, de los cuales los seres humanos no somos ajenos y mucho menos los operadores judiciales –en nuestro caso jueces penales- quienes en todo momento tienen la obligación de interactuar con todos los sujetos procesales al interior de un proceso, jueces que en ningún momento dejan de ser humanos y que al igual que los demás padecen, entre otras, enfermedades mentales y/o psicológicas que en un momento determinado llegan a influir en la toma de sus decisiones y su consecuente reflejo en una sentencia.

Factores coyunturales; como por ejemplo el político, por la falta de una verdadera política criminal y la influencia de los medios masivos de comunicación que se atreven a determinar la culpabilidad de un procesado y prácticamente induciendo al juez penal el camino y los pasos que debe dar para que llegue a emitir una sentencia prácticamente del agrado de la opinión pública. En todo caso; factores tanto externos como internos que tienen injerencia en nuestro ordenamiento penal, desde el punto de vista de la corriente del realismo jurídico, pero no para garantizar ni la eficacia ni la validez del derecho aplicado; si no, para causar un perjuicio en la toma de decisiones al momento de emitir una sentencia.

Por lo anterior, el objetivo general de esta investigación, es demostrar la injerencia del Realismo Jurídico en la actividad del juez de la ley 906 de 2004 al momento de proferir sus decisiones judiciales, corriente del pensamiento jurídico traducida en la injerencia de factores internos y externos- mencionados muy someramente con anterioridad- en la referida actividad, con las consecuencias que dichas decisiones acarrearán al momento de aplicar una sentencia de carácter penal.

1.El realismo jurídico

Esta corriente del pensamiento jurídico tuvo su auge más importante en el siglo XX a raíz de un creciente activismo judicial que proliferó en distintos países como Estados Unidos; por medio de la intromisión de esta corriente del pensamiento que describía la actividad judicial como *creadora de derecho*, destacaremos la dinámica de un juez al momento de tomar una decisión en un caso concreto, así como los criterios en que basan las mencionadas decisiones.

1.1. El realismo jurídico como nueva opción frente a las corrientes clásicas del derecho (ius-naturalismo – ius-positivismo)

Dentro de las vertientes del pensamiento jurídico que han desarrollado la concepción del derecho como instrumento de control social, el *ius-naturalismo* y el *ius-positivismo* se postulan como las corrientes clásicas que durante mucho tiempo debatieron sobre los fundamentos de las normas, de la completud del sistema jurídico y de su criterio de validez, estableciéndose así como paradigmas dentro de la posición que cada uno defendió y asumió. “La historia de la filosofía del derecho está marcada por el enfrentamiento entre dos corrientes de pensamiento que proponen respuestas diversas a la pregunta “¿Qué es el derecho?”. Nos referimos a las doctrinas del derecho natural (o *ius-naturalismo*) y del derecho positivo (o positivismo jurídico). En líneas generales, la disputa gira en torno a la relación que existe entre derecho y moral. Los iusnaturalistas consideran que esa relación es definitoria del concepto de derecho, mientras que los positivistas consideran que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender lo que es el derecho”³.

³BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Jairo Iván (2006). *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Págs. 13-14.

En efecto; las corrientes en comento comparten un concepto en común, el cual consiste en la pureza del derecho -desde puntos de vista divergentes- a partir del criterio de *validez* de la norma jurídica: por un lado; para el *ius-naturalismo*, la validez de la norma jurídica está determinada por su compatibilidad con la ley natural o ley divina, según sea el caso (su plus o condición de validez), por otro lado; la coherencia y la ausencia de cuestiones extrajurídicas (morales) dominan al *ius-positivismo*. Para ahondar más en la discusión; mientras el *ius-naturalismo* vincula la validez normativa con una noción de “moral” (como criterio, la noción de *justicia*) inmiscuida en la ley natural o divina, el positivismo olvida esa noción y ocupa al formalismo y a la creación de la norma jurídica por el órgano encargado por el estado –desprovisto de cualquier situación moral o extrajurídica- para revestir de validez el enunciado normativo y en general la existencia del Derecho.

Podríamos detenernos a analizar más acerca de estas teorías en sus aristas puras; pero lo más importante de esa discusión radica en que aquéllas dieron origen a una evolución teórica, cuyo aspecto principal era contribuir para que, en primer lugar, el *ius-naturalismo* dejara de ser tan abstracto e impreciso en su fundamentación de validez (ley natural – ley divina) y este mutara a un punto de fundamentación más racional (*ius-naturalismo moderno*).

Ronald Dworkin; célebre teórico jurídico, dio un vuelco al *ius-naturalismo* clásico al reforzar dicha corriente del pensamiento, situación extraída de las publicaciones elaboradas entre 1970 y 1980. Su investigación, producción literaria y en general, su discurso; no fueron accidentales ni mucho menos originarios, él tomó como base la investigación realizada por H.L.A Hart, quien a su vez tomó al positivismo y lo renovó dándole un matiz moderado, admitiendo situaciones sin precedentes con relación a dicha corriente teórica.

Las críticas y los razonamientos de estos dos personajes se centraron principalmente en responder a una serie de preguntas que conllevarían a restarle importancia a la validez de la norma y a observar con más fuerza su eficacia y en general, del Derecho mismo; preguntas alrededor del carácter de completo u omnicompreensivo del sistema jurídico, la discrecionalidad judicial, la creación del derecho por parte del juez, la existencia de

respuestas correctas en los fallos judiciales, etc., dieron origen a una serie de reacciones y soluciones por parte de uno y otro autor:

- a) Mientras Hart concebía un derecho más racional, cuyo contexto es un sistema jurídico incompleto y textos jurídicos de “textura abierta” que daban como resultado que los jueces utilizaran la herramienta de la discrecionalidad y en el que se previera válidamente la posibilidad de creación del derecho por parte de aquéllos, así como la ausencia de respuestas correctas en los decisiones jurisdiccionales; para Dworkin lo planteado y defendido por el anterior autor resulta inconcebible e incomprensible.

Dworkin hace una crítica a conceptos defendidos por los que él denomina *positivistas jurídicos*, sobre todo criticando a escritores como Hart, manifestando que: “usamos efectivamente los conceptos de derecho y obligación jurídica, y suponemos que la justificación de la sociedad para castigar y ejercer coerción está escrita en esos términos. Es posible que cuando se pongan en claro los detalles de tal práctica, se demuestre que de hechos los conceptos que usamos son tan tontos y están tan contaminados de ilusión como los que inventaron los nominalistas. En tal caso, tendremos que encontrar otras maneras de describir lo que hacemos y ofrecer otras justificaciones, o bien cambiar nuestras prácticas. Pero, mientras no lo hayamos descubierto y nos hayamos adaptado a ello, no podemos aceptar la prematura invitación de los nominalistas y dar la espala a los problemas que nos presentan nuestros conceptos actuales”⁴.

El planteamiento Dworkiniano se debe a situaciones que en su momento Hart desarrolló en su obra más importante: *El concepto del Derecho*; por ejemplo, éste afirma que “cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo

⁴ DWORKIN, Ronald (1977). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: editorial Aries S.A. pág. 64.

que se ha dado en llamar una “textura abierta”⁵. Dicha indeterminación se da a partir que el juego del lenguaje utilizado en cada contexto o situación puntual tiende a variar en cuanto a esa utilización, que en alguna de ellas no dejará de ser o padecer algún problema de aplicación. En el ámbito judicial no es la excepción y en situaciones donde el uso del enunciado normativo produce un resultado problemático de aplicación, el Juez es discrecional, y por ende ejerce “un genuino, aunque intersticial, poder de creación de del derecho o discreción judicial en aquellos casos donde el derecho existente explícito no puede dar una solución o que no hay ninguna conexión importante, necesaria o conceptual, entre el derecho y la moral”⁶.

- b) Por el contrario, para Dworkin, existe un sistema jurídico completo y coherente compuesto por reglas y principios, unos jueces ceñidos a él, así como la obligación de fallos conformes a las reglas y principios morales que prevén absolutamente todo -he aquí su creencia sobre la existencia de una respuesta correcta en todos los casos-.

Obsérvese la importancia del debate; pero detengámonos en el planteamiento más relevante para el desarrollo temático, el cual es el de Hart: su teoría ya no apuntaba a la defensa única y estricta de la validez del derecho –como sí lo hicieron los positivistas clásicos, inclusive John Austin-, sino a la inclusión de la eficacia del derecho a partir de una realidad característica de éste, la cual ahora proviene de una naturaleza racional, que, por ende, modifica la concepción que se tenía acerca del sistema jurídico y la función de la persona del juez en sus fallos o providencias judiciales definitivas.

Otro aspecto que empieza a cobrar fuerza es la racionalidad del derecho; la cual se da a partir del escenario donde éste se crea (existencia y conducción por parte de los hombres), los encargados de aplicar el sistema -los jueces- son sus productores, de tal manera que se deja a un lado el escenario metafísico de nacimiento de normas jurídicas -como el sistema de validez del positivismo clásico de Kelsen y el derecho natural de

⁵ HART, H.L.A (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot Ediciones. Pág. 150.

⁶ HART, H.L.A. (2000). *Post Scriptum al concepto de derecho*. Buenos Aires: Universidad Autónoma de México ediciones. Pág. 38.

Fish y Dworkin- y muta a un escenario material o de *razón práctica* en la que el derecho se da gesta del escenario humano y se aplica, pero al mismo tiempo se muestra al público la situación real del sistema, que en la realidad es incompleto y no regula el total de las situaciones humanas existentes. Es decir; el planteamiento central, está dado a partir de un derecho racional que refleja la situación o el contexto de cualquier sistema de normas, los cuales están abocados a enfrentarse con dos situaciones: a) No prever respuestas a todas las actos humanos y no humanos jurídicamente relevantes y b) El encuentro con situaciones donde el texto mismo de los enunciados normativos ostentan dudas de aplicación a la situación real estudiada.

Al Hart develar la realidad de un sistema jurídico incompleto y el papel sobreviniente de los jueces de *rellenar* ese vacío creando “normas” aplicables a casos no previstos, en realidad está apuntado a un derecho menos abstracto y más racional así como un juez creador de derecho. “El conflicto directo más tajante entre la teoría jurídica de este libro y la teoría de Dworkin surge de mi afirmación de que en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho”⁷.

Con esa posición, Hart deja a un lado la rigidez y la formalidad del positivismo clásico para apuntar a una realidad imperfecta del sistema jurídico y al cumplimiento de la norma no dado por su mera existencia (validez) sino por su aplicación concreta y definitiva por parte de los jueces y magistrados. En realidad él no previó una tercera corriente del pensamiento ius-filosófico (realismo), pues la criticaba; solo dio un punto de vista distinto a lo que venían defendiendo positivistas clásicos, proponiendo nuevos planteamientos

⁷ HART, H.L.A. (2000). *Post Scriptum al concepto de derecho*. Buenos Aires: Universidad Autónoma de México ediciones. Pág. 54.

respecto a la concepción imperfecta y racional del derecho y del sistema jurídico, de la aplicación de las normas jurídicas y su textura abierta, así como un juez discrecional y creador de derecho, sólo en casos excepcionales (por eso se distancia del realismo jurídico aunque es un gran aporte a la corriente).

Con el advenimiento de la importancia del papel del Juez, la relevancia de los fallos judiciales con capacidad de “crear el derecho” –la teoría que propició Hart, aunque ya había sido tratado por la *Critical Legal Studies*- se le resta importancia al concepto de *validez* y la eficacia cobra protagonismo en la nueva corriente del realismo jurídico: minimizó la importancia de la validez sistema jurídico y se observó con mayor detenimiento la aplicación de la ley por medio de la actuación decisoria del operador judicial, la cual entra a ocupar un rol trascendental y decisivo para la creación del derecho y ahora se vuelve el centro de debates sobre la utilización correcta o incorrecta del sistema: “La revolución anti-patriarcal [Activismo Judicial y Realismo Jurídico] se ha iniciado con textos que eran, en los contextos originales de producción, bastante más conservadores de lo que aquí se creía. A un observador anglosajón le es difícil saber, por ejemplo, cómo y por qué los juristas de las nuevas generaciones... encontraron tan estimulantes y controversiales las obras de un H.L.A. Harto de un R. Dworkin. Pero lo hemos hecho, con unas hermenéuticas que han hecho de estos autores importante símbolos de liberación en un esfuerzo por airear política y moralmente a un derecho que parece estancado”⁸.

“Quienes registran especial interés por la eficacia del derecho, más que por la justicia y la validez, a diferencia de los iusnaturalistas, asumen una posición realista. En contraste con el positivismo analítico no son formalistas, sino contendistas y no aprecian el derecho como deber ser, sino como efectivamente es, por medio de los fallos de jueces y tribunales”⁹. En efecto; la eficacia del derecho materializada en la decisión judicial y ésta a su vez, creadora del derecho, deja a un lado las dos doctrinas clásicas –*ius-naturalismo* y *ius-positivismo*- que tenían como centro de nacimiento y producción del derecho el criterio de *validez*, y ahora el juez y en general, todo lo que rodea la

⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo: *Estudio Preliminar* en KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre Editores. Pág. 13.

⁹Bobbio, 2007, pp.52

actividad judicial ocupan el centro de importancia en la concepción de los teóricos; el activismo, la decisión judicial y, en general, el Realismo Jurídico, pasa a ser la nueva corriente que ocupará el foco de críticas del pensamiento moderno.

1.2. Realismo Jurídico y sus diferentes perspectivas teóricas

El Realismo Jurídico resulta ser una nueva corriente del pensamiento filosófico del derecho distinta a las que conocemos como *clásicas*, la cual deja a un lado el purismo que aparentemente estaba revestido el ordenamiento jurídico y pasa a mostrarse como algo imperfecto, dinámico, inacabado y externo (interés público); se le da prevalencia al activismo judicial, la teoría de la adjudicación cobra relevancia, al ser el juez el encargado de, no solo aplicar la norma (una mera función mecánica) sino, de crear el derecho.

Si bien no existe una sistematización uniforme de esta corriente del pensamiento jurídico -por su característica empírica- esto no es óbice para detectar elementos que pueden ser catalogados como *esenciales*, los cuales son los siguientes:

- a. La ley “neutral”, “general” y “abstracta” no existe; por el contrario está supeditada a la actividad judicial.
- b. El juez es discrecional.
- c. El juez es creador de derecho.
- d. Se opta por la eficacia normativa y a la validez se le resta importancia como criterio influyente para la producción del derecho.

El papel del juez deja de ser algo que importa sólo a los estrados judiciales y a los abogados litigantes y el interés se extiende a la opinión pública. “La tarea de los realistas fue insistir en el carácter indeterminado e incompleto del derecho y en la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción dominante, eran extrajurídicos (v.gr. argumentos de conveniencia, posición ideológica del juez, presión de la opinión pública, etc.). así, en la perspectiva realista la adjudicación,

como lo indica la última cita de Holmes^[10], es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas¹¹. En realidad, esta corriente del pensamiento ius-filosófico se contrapone y hace su batalla en contra de “los excesos al formalismo jurídico”¹².

Esa nueva tendencia de aspecto práctico y de crítica al exceso del formalismo y del *deber ser* tuvo tres aristas importantes, que si bien ostentan distintos puntos de vista, comparten los elementos que conforman su estructura.

1.2.1. Realismo Jurídico Clásico

Los pensamientos aristotélicos y tomistas conforman en gran parte esta vertiente clásica, que si bien no son, en estricto sentido de ésta, arrojan elementos diferenciales que se familiarizan con la tendencia realista.

Cuando se acuñan expresiones como “ley natural”, “justicia”, entre otras, se entiende con claridad que hacen parte de la corriente *ius-naturalista*, pues ésta fue quien las incluyó dentro de su desarrollo teórico; sin embargo, al concebir la ley natural como condición *sine qua nom* de la existencia de la ley humana o positiva y a los jueces como promotores de esa condición de validez para la actuación del derecho, en realidad se está poniendo al juez a jugar un papel protagónico, no solo como aplicador de la ley positiva, sino también como un garante en la aplicación de la ley natural y del condicionamiento de validez y aplicación de todo lo señalado. “Para el realismo

¹⁰ “Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. Y el método y las formas de la lógica satisfacen ese anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica existe un juicio acerca del valor e importancia relativos de propósitos legislativos que compiten entre sí; es verdad que este es a menudo un juicio desarticulado e inconsciente, y aun así constituye la médula misma del proceso judicial”. WENDELL HOLMES, Oliver (1996). *The Path of the Law*; Bedford, Applewood. Págs. 15-16, en RODRÍGUEZ, Cesar: *Estudio Preliminar* en KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores. Pág. 27.

¹¹ RODRÍGUEZ, Cesar: *Estudio Preliminar* en KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre Editores. Pág. 27.

¹² PLAZAS, Mauricio (2009). *Del realismo al trialismo jurídico “Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2° Edición. Pág. 59.

aristotélico-tomista, el derecho es -lo justo-, aunque el paso del tiempo haya permitido la divulgación del significado de la palabra, a tal punto que se confunde su concepción como tal, con el arte de descubrirlo y llega a hablarse de quienes tienen que acudir a la justicia para aludir a quienes han de promover la acción de los jueces”¹³.

La importancia que poseen los conceptos mencionados -v.gr. *ley natural* y *justicia*- consiste en que son elementos condicionantes para la validez y aplicación de la ley positiva, que dejan de ser letra muerta y pasan a ser dinámicos, donde se observa al operador judicial como el dador de la “justicia”, lo cual es un concepto que ya no va a ser propio de la órbita individual; sino, que será de influencia concreta para dicho funcionario con base en una necesidad moral existente.

Si bien se observa cómo esta concepción no es propia del realismo jurídico moderno sí ofrece pautas reveladoras en las que la condición propia de validez del derecho deja de ser primordial y ante ella se antepone el criterio de *eficacia*, situación que se integra con la corriente en comento.

1.2.2. Realismo Jurídico Norteamericano

Una de las corrientes más influyentes dentro del pensamiento jurídico moderno y en específico del Realismo Jurídico sin duda ha sido la que nació y logró su desarrollo en los Estados Unidos a lo largo del siglo XX, donde la realidad jurídica que ese país vivía en ese momento se caracterizó por el fortalecimiento de la administración de justicia y principalmente, un creciente activismo judicial: las protestas sociales que se suscitaban por factores económicos, políticos, sociales determinantes para las decisiones judiciales. Esta concepción se torna revolucionaria al dar vuelta a la visión que se tenía de un derecho cuyo plus de aplicación giraba en torno a la ley; ahora, la eficacia de aquél se observaba en torno a la función propia del juez, conquistado por una realidad compleja establecida y en constante cambio.

“Las tesis realistas dieron lugar en el medio anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, al nacimiento de una pluralidad de corrientes críticas a partir de los años sesenta

¹³ PLAZAS, Mauricio (2003). *Ideas políticas y teoría del derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. Pág.43.

que heredaron del realismo la actitud escéptica frente al derecho y a la adjudicación y la han complementado con frecuencia con una denuncia contra el papel de estos en la conservación de las desigualdades sociales.”¹⁴.

El Realismo Jurídico norteamericano resalta la eficacia del derecho, la cual se materializa en el papel preponderante del juez, el cual deja de ser un mero aplicador de la ley –en sentido estricto- y por el contrario se encarga de determinar su alcance, examinar y extender una interpretación con base en el contexto donde las reglas deberán ser aplicadas e inclusive, la posibilidad de creación de nuevas normas, de conformidad con los requerimientos de la dinámica social; es decir, la aplicación de la ley y la creación de la norma jurídica y del derecho se da por el alcance que el juez otorga en la decisión de un determinado caso. Sin embargo, como se observa, esta corriente es más fuerte y va más allá: es el Juez el que manifiesta y determina qué es y qué no es el derecho. “El derecho en su realidad, no se halla en las fuentes legales, doctrinarias y consuetudinarias, sino en las sentencias de los jueces y tribunales, sentencias que son precedidas por la gestión de los agentes y funcionarios del derecho, vale decir, las partes en los litigios y controversias, cada una de las cuales, a su manera, somete los hechos y las reglas de derecho a la consideración del juez”¹⁵.

El operador judicial es quien dice qué es derecho y la ley ya existente está supeditada al alcance que éste le otorga; por eso es que en esta corriente defiende la tesis en la que el derecho está o se encuentra en las sentencias judiciales y no en la letra general y abstracta que compone el enunciado normativo. Con esto, la validez es desplazada del centro de creación jurídica y se da paso a la eficacia que es materializada por el sujeto arriba mencionado.

Esta ramificación del Realismo Jurídico dio como resultado la creciente confianza legítima en torno a la actuación judicial, así como la dignificación de la persona del juez y el respeto de sus decisiones. Se desplaza la búsqueda de la verdad real como prioridad y

¹⁴ RODRÍGUEZ, César. *Estudio Preliminar*, en KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. Pág. 27.

¹⁵ PLAZAS, Mauricio (2009). *Del realismo al trialismo jurídico “Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2° Edición. Pág. 60.

la verdad Procesal toma su lugar; por lo último, las teorías del caso, de mano de los abogados litigantes, juegan un papel importante e influyente en la lógica del juez, así como la realidad social, contextual y comunicacional existente a su alrededor; tal realidad es relatada por la siguiente afirmación hecha por Duncan Kennedy: “El asunto más complejo de esta indagación atañe a la polaridad que se establece entre mi primera impresión respecto a “la ley” en sí y la primera idea que me formo respecto a la – sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Ahora bien, la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar puede obedecer a que he sido sobornado y quiero cumplir con el arreglo: puede también ser producto de lo que yo considero sería el fallo mejor recibido por la comunidad (jurídica o civil) a la que pertenezco o puede también obedecer a lo que sospecho que el tribunal de apelaciones hará en el caso de que mi sentencia sea apelada.”¹⁶.

Por lo anterior, el realismo jurídico norteamericano es la expresión más radical y más arraigada al criterio de la eficacia del derecho, dándole la mayor importancia al papel del juez como su único creador, cuyo criterio está por encima de la mera validez del enunciado normativo.

1.2.3. Realismo Jurídico Escandinavo

Una tercera arista o versión del Realismo Jurídico es la que nació en los países escandinavos; si bien, comparte ciertos postulados acerca de la eficacia normativa que defendió y estudió la versión norteamericana, rescata el concepto de la validez del derecho como parte importante e integral del papel del operador judicial al momento de la elaboración de la sentencia. El punto de partida de los escandinavos es la concepción que se tiene respecto al derecho que “puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación humana. Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación”¹⁷.

¹⁶ KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Editorial Siglo del hombre Editores. Pág. 95.

¹⁷ ROSS, Alf (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Eudeba. Pág. 17.

Se rescata por parte de los precursores de esta corriente la teoría alemana del *derecho vigente*; el fenómeno y el estudio del derecho no debe preocuparse por el origen de las normas jurídicas, sino por el por qué determinadas normas son aceptadas y aplicadas por los jueces y por una determinada sociedad; es decir, cómo las normas son interpretadas por la sociedad, pero principalmente por el juez que las aplica. “derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que esta normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias”¹⁸.

Obsérvese que si bien los realistas norteamericanos desconocen o menosprecian la validez normativa, el realismo escandinavo intenta rescatar y conciliarla con la eficacia del derecho, sólo que se ignora o se le resta importancia al origen de la norma jurídica y se ocupan por establecer qué normas existentes son aceptadas por el juez que las aplica. “El caminos entonces no es evadir el dualismo eligiendo uno de sus componente (en este caso la realidad), sino superar el dualismo al mostrar que, debidamente interpretado, no es expresión de puntos de vista opuestos e irreconciliables, sino que simboliza elementos diferentes y reales del fenómeno jurídico”¹⁹.

Siendo así, la eficacia del derecho está determinada, no sólo por el Juez fallador, sino por la armonía que debe ostentar su decisión con la aplicación de las normas aceptadas por la sociedad.

1.3. El Realismo Jurídico de Alf Ross y Karl Olivecrona

La corriente realista se caracteriza porque, además de los aspectos planteados anteriormente, no es una vertiente del pensamiento uniforme o sistemática en cuanto a los escritores o tratadistas, los cuales redujeron sus críticas a meros pensamientos u

¹⁸ ROSS, Alf (2005): *ob. Cit.* Pág. 18.

¹⁹ PLAZAS V., Mauricio (2003). *Ideas políticas y teoría del derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. Pág. 49.

opiniones, principalmente la versión norteamericana -como Oliver Wendell Holmes, so pena de lo desarrollado por Llewellyn-, debido al corte práctico o empírico que padece.

La preocupación por la eficacia de las normas jurídicas y del derecho en general, así como de la defensa de esta nueva corriente del pensamiento ius-filosófico destacaron a los escandinavos por la sistematización de la versión realista; los principales escritores que sobresalen en sus estudios son Alf Ross y Karl Olivecrona, cuyos desarrollos literarios apuntan a explicar con mayor claridad y orden la nueva corriente del derecho - Realismo Jurídico-.

1.3.1. Realismo Jurídico de Alf Ross

Una de las características, quizás la principal de la nueva postura jurídica, consiste en la prevalencia y defensa de la eficacia del derecho, prescindiendo del criterio de la validez.

Alf Ross; por su parte, se apoya y toma como punto de partida de su planteamiento la teoría del *derecho vigente*, atendiendo a que su preocupación no apuntó al origen de la norma jurídica, sino a la aceptación de ésta por el juez que la aplica y el particular que se somete a ella. La característica de su teoría es la mixtura que padece, en el sentido que intenta conciliar la eficacia con la validez del derecho.

“Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas. Una norma vigente de un mero proyecto de ley o de una petición de reforma legislativa en razón de que el contenido normativo ideal de la norma vigente es activo en la idea jurídica de la comunidad; hay un derecho en acción que corresponde al derecho en las normas”²⁰.

Ya que la eficacia consiste en la capacidad que posee una norma para producir una determinada consecuencia jurídica con un nivel de afectación real y preponderante en una sociedad o parte de ella, el derecho obtiene o cobra existencia a partir de aquélla (hasta aquí realismo puro); sin embargo, Ross manifiesta que para explicar el *derecho en*

²⁰ ROSS, Alf (2005). *Ob. Cit.* Pág. 69.

acción o la eficacia normativa, el Realismo Jurídico deberá explicarse a partir de una división: una versión *psicológica* y otra *conductista*.

En la versión psicológica del realismo; según Ross, la eficacia del derecho está dada por procesos complejos de carácter psicológicos -los denomina *hechos psicológicos*- que no son creados por un individuo aislado, sino que dichos procesos son generados por un conglomerado colectivo -para el caso que nos ocupa- donde la existencia y los efectos de una norma jurídica son de obligatorio cumplimiento cuando éstos son aceptados por un fenómeno social, el cual llamó *conciencia jurídica popular*. “El realismo psicológico encuentra la realidad del derecho en hechos psicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular. El hecho de que tal regla sea también aplicada por los tribunales es, de acuerdo con este punto de vista derivado y secundario; es una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones del juez. El criterio efectivo no es la aplicación como tal, sino el factor determinante que está detrás de ella”²¹.

Una conciencia jurídica popular es el reflejo de la conciencia de cada ser humano frente a una determinada situación de vida en la que todos están de acuerdo, que en este caso sería frente a la existencia y obligatoriedad de una norma jurídica o social (he aquí su carácter de “jurídico”). Por lo tanto, si esa conciencia no acepta la prescripción normativa, simplemente no puede existir, ni mucho menos entrar a producir efectos. Este proceso de aceptación se da en la medida en que “la conciencia jurídica popular sustenta, ante todo, como contenido indirecto y formalizado, la creencia de que el derecho es el derecho, y que tiene que ser obedecido. El público acepta generalmente que cualquier regla establecida de acuerdo con la Constitución tiene títulos para ser respetada como derecho”²².

Luego del paso por la conciencia jurídica popular, viene la aplicación de la norma en estricto sentido; dicha aplicación está dada por los jueces, cuya actuación está supeditada a la posición o criterios de aceptación de la conciencia en comento (punto de vista derivado); sin embargo, la actuación judicial es impuesta e inducida, por cuanto los

²¹ *Ibidem*.

²² ROSS, Alf (2005). *Ob. Cit.* Pág. 70.

operadores judiciales se encuentran inmiscuidos en dicha realidad; por lo tanto, el criterio del juez plasmado en la sentencia es el reflejo de lo que determina la conciencia jurídica popular frente a la aceptación que tiene frente a la regla.

En la versión conductista, al contrario a la anterior versión, la actuación judicial está determinada por el alcance y la aplicación de las normas jurídicas existentes y del derecho en general: es el Juez quien determina qué es el derecho. Sin embargo, Ross prevé la existencia de la conciencia jurídica popular, sólo que acá no tiene el papel preponderante que tenía en la versión psicológica y por el contrario juega un papel secundario, no dominante, ni mucho menos obligatorio; la mencionada conciencia pasa a ser un criterio secundario, auxiliar, que eventualmente puede ser tenido en cuenta para la solución de ciertos casos. Por consiguiente, el criterio del juez es el prevalente en la toma de decisiones; el juzgador es quien aplica y determina el alcance de la norma jurídica y del derecho en general. “El realismo conductista encuentra la realidad del derecho en las acciones de los tribunales.

Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como base para sus decisiones. El hecho de que las normas sean compatibles con la conciencia jurídica dominante es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es un presupuesto normal, pero no esencial, de la aceptación por parte de los tribunales”²³.

La intención de la versión del realismo jurídico de Ross es la de articular la validez, la cual no es tomada en cuenta en la versión norteamericana del realismo; por el contrario a esta última afirmación, la validez y la eficacia son dos criterios esenciales para que el derecho exista. Si la eficacia está por sí sola el derecho es incompleto al carecer del proceso de creación de la norma jurídica; si la validez no se complementa con la eficacia, su existencia no tendría sentido y por ende no se podría hablar de producción de efectos en la vida real; por ende, son elementos imprescindibles del derecho como herramienta de control social.

²³ ROSS, Alf (2005). *Ob. Cit.* Pág. 71.

1.3.2. Realismo jurídico de Hans Olivecrona

Hans Olivecrona, de origen sueco, ha sido uno de los principales exponentes y tratadistas del Realismo Jurídico de corte escandinava. El punto de partida que los defensores de esta corriente tienen es que de entrada prescinden de una concepción “metafísica” del ordenamiento, afirmando que, en la medida en que algo no ocupe un espacio y no esté concebido en el tiempo no puede ser catalogado como objeto de verificación o comprobación (empírico).

Concretamente Olivecrona, al referirse a las corrientes *iusnaturalistas* y *positivistas* del derecho, asegura que son tesis que no son reales y que son producto de la mera elucubración humana sin trascendencia real o exteriorizada: la primera de ellas es inconcebible por estar sustentada en un ser superior: “Dado que la admisión de un Derecho natural divino es una cuestión de fe, queda fuera de los límites de la discusión científica”²⁴.

Por su parte, la otra arista (positivismo clásico o voluntarismo -como él lo llama-) es deleznable por basar el nacimiento del ordenamiento positivo en el seno de la *voluntad del estado* -como si el Estado fuera algo concreto- siendo esto un concepto que no deja de ser abstracto: “Tras esa actividad [voluntad del estado] no se esconde una ‘voluntad única’, sino que todo ello resulta de los esfuerzos, enfrentamiento y cooperación de millones de personas”²⁵, desmintiendo teorías clásicas como las de Montesquieu, entre otros precursores del positivismo purista como Hans Kelsen.

Una vez desmentidas las anteriores teorías, Olivecrona plantea su posición o pensamiento frente al derecho, el cual no lo concibe como “omnicomprensivo, del que pueden deducirse decisiones judiciales en todos los casos. Y puesto que esto es una ilusión, los tribunales necesariamente deben adoptar decisiones en muchos casos en que no hay derecho escrito preexistente. Y puesto que, una vez adoptado un principio, lo más probable que siga en el futuro; los tribunales, después de todo, crean derecho”²⁶.

²⁴OLIVECRONA, Karl (1980). *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Traducción de Luís López Guerra. Barcelona: Ediciones *labor Universitaria*. Pág. 47.

²⁵OLIVECRONA, Karl (1980). *Ob. Cit.*, pág. 110.

²⁶OLIVECRONA, Karl (1980). *Ob. Cit.*, Pág. 107.

En primer lugar; obsérvese cómo el autor tiene una visión del derecho como algo que es incompleto, el ordenamiento jurídico no puede prever para todos los casos concretos una solución determinada y son en esas situaciones donde el Juez del proceso entra a jugar un papel importantísimo: en tratándose de la ausencia de derecho positivo, la pauta a seguir es la de crear u ofrecer una repuesta o solución al conflicto planteado ante los Despachos judiciales; como quiera que el ordenamiento jurídico padece frecuentemente de esa imperfección, es una tarea que el juez realizará permanentemente, quizás, es una tarea que se podría catalogar como *función mecánica de creación de derecho*, que como podemos ver, es subsidiaria en la medida que se presenta cuando no existe ordenamiento jurídico preexistente y aplicable al caso en controversia.

La idea y finalidad de este autor consiste en armonizar las funciones que cada poder público ostenta, principalmente la función judicial y la función legislativa, determinando y delimitando una de otra al no desconoce la función de cada uno, como en efecto sucede con la versión norteamericana del realismo jurídico. Por el contrario; la función de creación del derecho es una situación complementaria de la actividad del juez, la cual - como se había dicho con anterioridad- consiste en aplicar el ordenamiento jurídico preexistente, pues para Olivecrona resulta claro que la función principal y por la que se caracteriza el poder legislativo es la de crear las normas que el Juez se encargará de aplicar en los procesos judiciales. “La creación judicial del derecho es concebible como complementaria y no sustitutiva del derecho legislado y no puede implicar, en absoluto, la afirmación de un súper poder, integrado por los tribunales, investido de la facultad de desconocer, sin más, lo dispuesto por el Parlamento y, en su caso, por el ejecutivo”²⁷.

Desde la breve explicación y aporte que ofrece Olivecrona se puede comprender claramente por qué el Realismo Jurídico Escandinavo ofrece una visión distinta que puede catalogarse como una alternativa pacífica de dicha corriente del pensamiento *ius-filosófico* moderno, rompiendo con los esquemas clásicos que concebían a la validez como la piedra angular del derecho; este pensador, así como los demás precursores de esta corriente jurídica, intentan conciliar la eficacia y la validez de aquél, restándole

²⁷ OLIVECRONA, Karl (1980). *Ob. Cit.* Pág. 107.

importancia a esta última como el centro y agregando importancia al primer elemento como plus que justifica la existencia del derecho.

2.El realismo jurídico de la discrecionalidad judicial

En el capítulo anterior se analizó cómo el Realismo Jurídico nació en contravía y en revelación hacia las corrientes del positivismo y el ius-naturalismo que siempre habían gobernado el pensamiento de los teóricos jurídicos hasta gran parte del siglo XX. En este capítulo nos detendremos a observar cómo esta nueva vertiente del pensamiento se articula con la noción desarrollada por autores como Hart, la cual es la de *discrecionalidad judicial*.

Se observará cómo la discrecionalidad judicial juega un papel importante en la forma cómo los jueces, en especial los de la ley 906 de 2004, diseñan sus decisiones, las delimitan en cuanto a su alcance y tienen en cuenta una serie de factores que no se desprenden necesariamente de la norma jurídica que en principio aplican al caso que está en sus manos.

2.1. Corriente del realismo jurídico y la discrecionalidad judicial

Uno de los conceptos más importantes e inspiradores de la corriente del Realismo Jurídico es la *eficacia del derecho*. Esta definición toma su forma a partir de la ubicación del órgano encargado de producir el derecho, así como la dinámica con que este mismo lo crea. Para los realistas, la producción del derecho está en manos del juez que falla un caso en controversia. Éste es el ente encargado de determinar, no sólo el alcance de una norma jurídica, sino que está en la potestad de aplicar conceptos que no se encuentran en ellas.

Cómo se manifiesta en esta corriente crítica; el centro de estudio es la actividad del Juez. Para los realistas; en cada caso controvertido que se desprende de la práctica judicial, el

órgano encargado de decidir otorgaba una decisión de fondo que daba fin, sea a una instancia o acababa con el problema de manera definitiva; los pensadores decían que aquél estaba haciendo derecho.

Crear que un sistema jurídico es completo, coherente y sistemático no deja de ser un noble sueño -en palabras de Hart-; para la corriente del Realismo Jurídico, el mencionado sistema es incompleto, lleno de muchos vacíos y creer que cada regla es clara no deja de ser una falacia argumental. Por ello, el Juez es el encargado de determinar el alcance que se le puede dar a cada una, así como proporcionar nuevas soluciones no previstas en un sistema defectuoso. “La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho [...] el peligro el que aludo consiste [...] en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro [se refiere al norteamericano] puede ser derivado, como la matemática, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas. En una ocasión escuché a un juez eminente decir que nunca profería una decisión hasta que estaba completamente seguro de que era correcta. Por eso, las diferencias de opinión entre los jueces son condenadas a menudo, como si lo que hubiese sucedido fuera que uno u otro grupo de jueces hubiera hecho mal la suma, y como si lo que hubiese requerido para llegar al inevitable acuerdo fuese un poco más de trabajo”²⁸.

En efecto, estas críticas hacia el exceso del formalismo del derecho y hacia la creencia que el sistema jurídico es completo tuvieron su auge en países de tradición jurídica anglosajona, en principio, donde el contexto que se vivió a mediados del siglo XX contribuyó a que en países que hasta 1990 eran herederos de la tradición jurídica romano-germánica empezaran a mirar las ventajas que traían las críticas internas del derecho; obsérvese que en el sistema norteamericano –por ejemplo, y que es heredero de la corriente realista- encontramos que “las normas constitucionales tienen un *valor jurídico*, como quiera que son aplicadas a diario por jueces y cortes que examinan cuestiones constitucionales a propósito de casos concretos o de acciones públicas de

²⁸ WENDELL HOLMES Oliver: *The Path of the law*; Pág. 15-16, en KENNEDY, Duncan (2005). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Uniandes. Pág. 25.

inexequibilidad. Este modelo contrasta claramente con el monista de origen francés, que prevaleció en España y América Latina hasta finales de los setenta, y en el que el predominio histórico de la ley como expresión de la voluntad popular ha impedido la existencia de un control de constitucionalidad activo conservando así la Constitución un valor fundamentalmente político²⁹.

Estos importantes avances dejan entrever que el criterio diferenciador es la *eficacia del derecho* y la trascendencia resultante de la función del juez deja de ser la aplicación mecánica del derecho; para los realistas, éste, visto así, es imposible de concebir, ya que la lógica matemática no opera sobre alguien que está influenciado por cuestiones políticas, sociales, económicas y personales, que no se encuentran en la letra muerta de la ley; por eso el derecho es incompleto y sus enunciados normativos ostentan -en los términos de Hart- una *textura abierta*³⁰.

No obstante, Hart califica a estos teóricos del realismo jurídico norteamericano como “los que ven el derecho como una pesadilla, es decir, como el conjunto de reglas caprichosamente impuestas en cada caso por el juez de turno; [...] Los teóricos de la pesadilla son los realistas radicales, como Holmes o Llewellyn, para quienes las reglas jurídicas son una simple predicción de lo que dirán los jueces”³¹.

Quizás, la razón que lleva a Hart a catalogarlos de tal formar es porque para él la potestad de creación del derecho es algo que el Juez no lo va a utilizar en todas las ocasiones, sino que sería en aquellos casos en los que no existe derecho aplicable o el significado de ciertas palabras o frases que constituyen un problema de vaguedad o ambigüedad: “Para Hart, el significado de las palabras-concepto en las que deben ser formuladas las reglas, depende del uso que se haga de los mismo en dicha comunicad. Existen casos en los que la aplicación del término no resulta problemática, estos constituyen el núcleo del significado de la expresión. Pero existen otros casos en los que existen desacuerdos sobre si el término se aplica o no. En esos casos se debe apelar a

²⁹ RODRÍGUEZ, César: *Estudio preliminar* en KENNEDY, Duncan (2005). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre Editores y Uniandes. Pág. 30.

³⁰ HART, H.L.A. (1998). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Edición AbeledoPerrot. Pág. 155.

³¹ RODRÍGUEZ, César (2005). *La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin. Estudio Preliminar*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Uniandes. Quinta Edición. Pág. 39-40.

consideraciones extralingüísticas para fundar la decisión de aplicar o no el término en cuestión. Estos casos constituyen la zona de penumbra del significado de toda palabra-concepto perteneciente a un lenguaje natural.”³².

Hart no descarta la actuación de la eficacia del derecho por parte de los jueces, sólo que ésta potestad es de carácter *excepcional*, en la medida que también es consciente que el derecho no es completo y que posee ciertas indeterminaciones, sobre las cuales el operador judicial entra a jugar un papel preponderante.

Sin embargo; los pensadores realistas, sobre todo los norteamericanos, no comparten la determinación propuesta por Hart, puesto que el juzgador está constantemente influenciado por situaciones externas o internas –sean personales, políticas, económicas, etc.- que lo hacen tomar decisiones propias que se traducen en una producción constante del derecho, no influenciado por la ley aplicable, sin perjuicio de su existencia (validez).

A pesar de haber esta zanja que separa a los realistas de la teoría propuesta por Hart; también es cierto que confluyen en muchos aspectos, como por ejemplo: la existencia de un sistema jurídico incompleto; lo fundamental y que quizás inspira a la nueva corriente del pensamiento ius-filosófico es la eficacia del derecho a través de la discrecionalidad judicial: mientras en Hart es una potestad excepcional o limitada, en los realistas, sobre todo en la corriente norteamericana, es un tema más libre y utilizado todo el tiempo, es decir, un elemento característico de sus pensamientos y que mediante éste nace el derecho.

Si bien la discrecionalidad judicial es un planteamiento que es rechazado por pensadores iusnaturalistas-racionalistas como Dworkin, suele presentarse como una verdadera respuesta a la realidad que vivió los Estados Unidos en una época de un activismo judicial en crecimiento y que poco a poco ha ido consolidándose hasta encontrar su furor en la era contemporánea, produciendo importantes avances en la tradición jurídica del país en mención, cuyo producto se ha adoptado en países con el

³² BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición. Pág. 93.

legado del formalismo jurídico: “Durante las últimas dos décadas, la teoría y la práctica jurídicas estadounidenses han tenido una creciente influencia en España y América Latina, motivada fundamentalmente por la adopción o el fortalecimiento en buena parte de los países de habla hispana de una de las instituciones jurídicas centrales de los Estados Unidos, el control de constitucionalidad de las leyes.”³³.

El concepto de *Discrecionalidad judicial*, que ha sido considerado por la doctrina³⁴ como el choque más importante y radical que tuvieron las teorías de Dworkin y Hart, ha sido sin lugar a dudas de gran trascendencia para el avance de las tradiciones jurídicas modernas, sean anglosajonas, así como las que adoptaron países como Colombia, inclusive –aunque desde Llewellyn ya se viene cosechando la corriente Realista- ha tenido influencia en el desarrollo de la nueva corriente ius-filosófica del Realismo Jurídico; puesto que la determinación del alcance de las normas, así como la potestad de creación del derecho por parte del juez, son el reflejo directo de la importancia de la aplicación del concepto en comento.

Como se observará seguidamente, la discrecionalidad judicial vista desde el punto de vista del realismo jurídico –sin perjuicio del aporte de Hart- representará un papel trascendental para el Juez de la ley 906 de 2004, en la que la influencia del contexto y de sus situaciones personales contribuirán a la producción de la decisión judicial, más allá de la incidencia de las leyes sustantivas y adjetivas en materia penal. Sin perjuicio de este planteamiento, a continuación se dará una explicación muy somera del concepto mencionado al principio de este párrafo.

2.2. Discrecionalidad judicial

El sistema jurídico está caracterizado por contener un conjunto relacionado de normas que prevén un importante y creciente número de circunstancias fácticas posibles y a las cuales se les otorga un determinado significado y una determinada consecuencia. Pero aquél no opera por sí solo; existe un medio concreto encargado de darle vida o *aplicar*

³³ RODRÍGUEZ, César: *Estudio preliminar* en KENNEDY, Duncan (2005). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre Editores y Uniandes. Pág. 29.

³⁴ RODRÍGUEZ, César (2005): *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores Uniandes. Quinta Edición. Pág. 135.

dichas reglas a partir de la interpretación y la valoración de los hechos que son puestos a su conocimiento: el juez; con ello, la práctica judicial se constituye en una función importante en la que las normas jurídicas cobran vida dentro del conglomerado social y con ello el derecho encuentra la consecución de su fin principal: el control social.

Hay casos en los que la aplicación de una regla o norma jurídica no acarrea inconveniente alguno para el operador judicial; no obstante, existen otros hechos en los que la aplicación de aquéllas resulta problemática, sea porque no existen reglas aplicables, porque cierta terminología contenida en la regla resulta incomprensible o puede conllevar a más de dos significados posibles y a dos soluciones razonables susceptibles de implementación. La *Vaguedad*, la *Ambigüedad* o la *inexistencia conceptual* son circunstancias que se presentan comúnmente cuando el referente semántico resulta confuso para la atribución de un significado posible, debido a que ciertos hechos no lo representan con claridad y pueden tener más de una interpretación, o simplemente no existen significados para ellos.

El sistema jurídico tiene esa caracterización: es incompleto y padece de esas importantes problemáticas (ambigüedad, Vaguedad o ausencia de normas aplicables); es decir, es indeterminado, creer que es completo, coherente y claro resulta absurdo, porque el derecho intenta regular todas las conductas humanas y naturales importantes y atribuirles una consecuencia, sin embargo, no las prevé todas, y esto es debido a los permanentes cambios de la dinámica social existente. Veamos un ejemplo propuesto por Hart:

“Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no

consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caos no contemplado cuando acaezca...”³⁵.

La existencia de esta compleja problemática obedece a que un sistema jurídico, sea cual sea, está caracterizado porque éste padece una *textura abierta*. Por consiguiente, habrá choques constantes con la realidad y siempre resultarán situaciones en las que surgirán serias dudas sobre su aplicación, o peor aún, dudas sobre qué se aplicará ante un evento nuevo. Creer o tener fe en que el legislador puede prever y dar significación jurídica a todas las situaciones fácticas y observar al juez como un ente mecánico, es algo que podría catalogarse como *ingenuo*.

Hart asegura que “buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo... el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas.”³⁶.

Ahora bien, la pregunta obvia para responder es la referente al fenómeno de la *textura abierta* de las reglas o normas jurídicas –en este caso-. Según Hart³⁷, cuando las pautas de aplicación de una norma jurídica o un precedente resultan indeterminadas en un caso en concreto es cuando podemos asegurar que existe tal fenómeno. Como ya se ha dicho con anterioridad, esto sucede porque un sistema jurídico está plagado de imperfecciones y no puede prever todos los estados de cosas y cambios en esos estados (hechos). Por

³⁵HART, H.L.A. (1998). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot ediciones. Pág. 160-161.

³⁶ HART, H.L.A. (1998). *Ob. Cit.* Pág. 157.

³⁷ *Ob. Cit.* En *Supra* pie de página N° 4 de este documento.

más esfuerzos que el autor de la regla realice para minimizar o reducir el campo de incertidumbre de esta última, siempre habrán problemáticas casuales de tal envergadura.

Por este fenómeno o *enfermedad* que padece cualquier sistema jurídico, alguna de las autoridades existentes deben llenar ese vacío y para ello los jueces son los encargados de aplicar el derecho existente, pero lo más importante es determinar el alcance de las normas en cada caso concreto. “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.”³⁸.

Esas situaciones en las que el derecho aplicable resulta indeterminado por la serie de problemáticas señaladas, son los que en primera medida han dado la justificación para el desarrollo del concepto de *discrecionalidad judicial*, es decir, esa potestad que posee el operador judicial de elegir entre varias soluciones posibles, una en concreto y ser aplicada o, inclusive, apelar a cuestiones que no se encuentran en el derecho existente, simplemente porque no existe norma objeto de aplicación³⁹.

No obstante la justificación otorgada para la *discrecionalidad* –y que ya se ha dado- no es la única, y más allá de ella existen otras que avalan tal potestad. El tratadista César Rodríguez siembra esta duda y se pregunta si “¿Los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales?”⁴⁰. Esta inquietud fue la que desarrolló de manera más intrépida la teoría en comento, atreviéndose a responder con un “no” a la neutralidad de los jueces y a decirle “sí” a la creación del derecho inspirada en cuestiones políticas y morales.

³⁸ HART, H.L.A. (1998). *Ob. Cit.* Pág. 168.

³⁹ En BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván, BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición. Pág. 92, se afirma que “...existen casos que caen dentro del área de penumbra [algo indeterminado en esta obra], los denominados casos difíciles. En estos casos, la regla no determina por sí sola la solución, y el juez debe elegir entre distintas alternativas apelando a consideraciones extrajurídicas. La existencia inevitable de estos “casos difíciles” en la práctica de aplicación judicial del derecho, constituye el fundamento de la llamada “tesis de la discrecionalidad judicial.””.

⁴⁰ RODRÍGUEZ, César: *Estudio Preliminar* en KENNEDY, Duncan (2005). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del hombre editores y Uniandes. Pág. 19.

Si bien la teoría de Hart es aceptada -y acertada, dada la gran justificación, por encima de la concepción de Dworkin-⁴¹, es incompleta y restringida; en primer lugar, porque éste no señala con precisión en sus obras a qué se refiere cuando habla de los criterios que deben tener en cuenta los jueces para crear derecho, o mejor aún, a qué criterios debe apelar al momento de crear derecho; en segundo lugar, porque la potestad de crear el derecho sólo se restringe para los problemas de indeterminación lingüística: “El poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan sus opciones*, restricciones de las cuáles una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala a nuevos códigos.”⁴².

Sin embargo; esto no es compartido por los realistas, puesto que en la mayoría del siglo XX y todo lo que va corrido del XXI se ha caracterizado por un gran activismo judicial, y por la renovación de la legislación propiciada por dicha actividad.

Retomando las razones extrajurídicas que llevan al juez a tomar una decisión y a *crear* derecho o *determinar* el alcance de éste por causa de antinomias, ambigüedades y vaguedades que se suscitan por las situaciones que se presentan en los procesos judiciales, el mismo RODRÍGUEZ destaca que “en la perspectiva realista de la adjudicación... es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas. En esta visión, en conclusión, se derrumba la distinción entre creación y aplicación del derecho; esto, a la

⁴¹ En RODRÍGUEZ, César (2005). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores y Uniandes. Quinta Edición. Pág. 47, “es merecedor de apoyar el planteamiento consistente en que gracias a discusiones como las presentadas por estos dos autores propiciaron el nacimiento del movimiento de la discrecionalidad judicial y la creación del derecho, desarrollado por los realistas, por ello, esos dos autores “defienden posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial”.

⁴²HART, H.L.A. (2000). *Del pos Scriptum al concepto de Derecho*. México D.F.: Edición del Instituto de Estudios Jurídicos – Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 56.

vez, como un efecto dominó, da al traste con la separación entre derecho y política que yacía en el corazón de las corrientes jurídicas dominantes.”⁴³.

En ese sentido, la discrecionalidad judicial supera una etapa de ser algo que es estricto, restringido y pasa a ser algo que comúnmente los jueces realizan, y es allí, por medio de esta noción, que la creación del derecho es una circunstancia que cada vez se hace más evidente e inducida por una realidad social existente, pero que las mismas normas jurídicas permiten y los mismos jueces lo saben, sobre todos los que actúan en el sistema procesal penal. La separación o diferencias -aunque no fuesen muchas- que existían entre la discrecionalidad y la creación del derecho cada vez desaparecen y comienzan a interactuar y a hacer parte una de otra.

Este fenómeno se hace evidente en la medida que la potestad de elegir entre varias soluciones posibles, a raíz de las inconsistencias del ordenamiento jurídico, propicia la libertad de elegir y recurrir a cuestiones existentes fuera del sistema e inclusive, tener en cuenta cuestiones que nacen en la dinámica social, situación que no es caprichosa, sino que es el producto de circunstancias razonables a partir de las problemáticas que padece un sistema normativo.

2.3. Arbitrariedad judicial

Con detenimiento se ha observado que la discrecionalidad judicial es un concepto que se desarrolla a partir de un defecto estructural que padece un sistema jurídico: el sistema no puede regular toda la dinámica social y actos que se desprenden de ésta. De aquí la justificación del porqué el juez crea derecho y por ende, la justificación de la utilización razonable de situaciones extrajurídicas; en efecto, el derecho no puede determinar ni dar solución a todo lo existente y relacionado con el haber social.

La opción de recurrir a la discrecionalidad es justificada y avalada por los ordenamientos, así como las cuestiones *extrajurídicas* que aquí se refieren: por ejemplo, en Colombia, el artículo 8º de la ley 153 de 1887 avala la costumbre *secundum legem* y las reglas

⁴³ RODRÍGUEZ, César: *Estudio preliminar en KENNEDY, Duncan 82005). Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Uniandes. Pág. 27.

generales del derecho como fuentes formales de interpretación –y por qué no- y de aplicación en los casos puestos a merced de un juez.

En el fondo, cuando aplicamos una costumbre, aplicamos reglas sociales, políticas, morales que allí subsisten y se practican constantemente. Otro claro ejemplo es la existencia de *estándares jurídicos* que son determinados por el juez, el cual determina su alcance (por ejemplo, el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, referente a la *buena fe*). El sistema normativo está lleno de dichos estándares y es el juez el que determina en cada caso su alcance.

Observando la justificación de la discrecionalidad como parte del ordenamiento jurídico, el Realismo Jurídico también da el aval para que existan decisiones que más bien son producto de la realidad estructural del sistema jurídico; es decir, existen providencias judiciales que no tienen otro sustento más que determinaciones que no pueden ser objeto de valoración alguna que ingresan al sistema jurídico, los cuales son los que se desprenden de la realidad social existente y los que son el producto de la aplicación de la discrecionalidad judicial; todo esto acaece por el defecto estructural que ostenta el sistema, pero más aún, por la dinámica constante del conglomerado social en el que el operador judicial se encuentra inmerso.

Las mismas falencias que padece el sistema normativo son las que permiten que el juez aplique la discrecionalidad en todos los eventos posibles que llegan a su cargo. La existencia de un defecto estructural del sistema hace que el operador esté utilizando la herramienta de la discrecionalidad para decidir los casos.

Los realistas hacen énfasis en la sentencia como la expresión acabada del sujeto encargado de la “verdadera” producción del derecho, y eso es el reflejo de dicho movimiento: por cada caso que un juez decida aparece un nuevo punto de vista y una nueva solución. La ley no es el escenario o referente para las decisiones judiciales, sino que son otros factores que dejan a un lado su aplicación como prioridad y factores internos o externos distintos son los que influyen en la decisión final de un caso concreto.

Si bien el derecho ostenta una *textura abierta*, los parámetros utilizados por el juez al momento de proferir una decisión deben tener en cuenta una realidad existente, es decir,

lo que con anterioridad se había abordado referente a la teoría del *derecho vigente*. Se sugiere que son esas realidades las que inducen a un operador judicial a decidir, mas no por el fenómeno de la subsunción normativa. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia lo ha realizado en innumerables fallos, como en las sentencias T-406 de 1992, C-109 de 1995, C-239 de 1997, C-836 de 2001, C-135 de 2005, C-075 de 2007, entre muchas otras.

Si la discrecionalidad es una respuesta a las fallas estructurales que padece el sistema normativo, la arbitrariedad es el desconocimiento absoluto de todos los criterios a los que el apela el operador judicial al momento de decidir con cuestiones extrajurídicas o, inclusive, de creación del derecho aplicable a un caso controvertido.

Para un mejor entender, en la sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional de Colombia (Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) otorga una explicación –en materia de tutela- poco clara de lo que significa *arbitrariedad Judicial*, en los siguientes términos: “Cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas (las providencias judiciales) por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive. La parte resolutive de las sentencias, según se ha señalado, contiene la decisión sobre la *litis* a que llegue el juez luego de considerar los hechos y el derecho y no puede ser objeto de racional valoración sin tener en cuenta las consideraciones en que se funda. En esta parte resolutive se “declara” la existencia o inexistencia del derecho y no le es dable al juez de tutela, como pretende la condición examinada, desvirtuar la decisión declarativa que por competencia constitucional y legal le corresponde a la autoridad judicial, mediante un fallo que, por su naturaleza y finalidades (artículo 86 C.N.) sólo puede *prevenir* o *remediar* directamente la vulneración o amenaza del derecho fundamental más no *declarar* la existencia o inexistencia del derecho;”.

A lo que se refiere la Corte -que también es controversial por el modo en que creó una norma jurídica para aplicarla en materia de sentencias de tutela- es a las consecuencias jurídicas que produce un fallo donde un juez no tiene en cuenta la valoración del sistema jurídico y de la utilización cuidadosa de las herramientas de interpretación y creación del derecho.

El Realismo Jurídico es el autor de muchos fallos en los cuales el criterio judicial no está inducido por el sistema jurídico y sus reglas de funcionamiento –debido a la realidad social e individual que el operado ostenta-. Esto sucede porque las decisiones judiciales son la fuente del derecho para la solución de los conflictos de los usuarios de la administración de justicia, aunque utilicen la ley como escudo para que este fenómeno pase por desapercibido y se siga manteniendo un aparente equilibrio de poderes en el Estado.

En esos términos, el fenómeno de la arbitrariedad judicial se produce por las siguientes causas:

- 1) El Sistema Jurídico no es completo.
- 2) La afluencia constante de *estándares* jurídicos hacen que el sistema cada vez más padezca de indeterminaciones, vaguedades ambigüedades.
- 3) La constante presión de factores internos y externos al juez –los veremos más adelante- que conforman el contexto jurídico-social hace más reiterativo la utilización de la herramienta de la discrecionalidad.
- 4)

En materia penal -por lo menos en Colombia- ocurre un fenómeno más específico del numeral tres (3) de lo mencionado con anterioridad: 3.1) Los estándares jurídicos que hacen parte del Código Penal aparecen con mayor frecuencia en la parte especial -tipos penales-, específicamente en los tipos penales en blanco.

Como se puede observar; una situación es no tener derecho aplicable -donde avala la potestad creadora del derecho, así como tener en cuenta cuestiones extrajurídicas para integrarlas al sistema que antes no lo había previsto- y otra situación es no fundamentar las decisiones judiciales conforme a los parámetros legales señalados y de obligatoria aplicación; la arbitrariedad del juez está determinada por la carencia de fundamentos previstos y avalados por el sistema jurídico al momento de emitir sus decisiones, contrario a la potestad que tiene para establecer la actuación de criterios propios de la eficacia cuando el derecho aplicable es confuso o no existe.

3.El sistema penal colombiano y la injerencia de la corriente realista en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces

Es menester recordar que la consigna principal bajo la que el Realismo Jurídico se desarrolla es aquella en la que el derecho nace y se desarrolla a través de las decisiones judiciales que definen situaciones específicas a través del proceso.

No obstante, es importante señalar que la función creadora del juez -que se materializa en la providencia proferida- está inducida por una realidad externa y una interna de la cual no es ajeno, por el contrario, se encuentra avocado a asumirla y a actuar de conformidad a ella, trayendo serias consecuencias que repercuten en la sociedad destinataria de su actuación. Dichos factores serán desarrollados con detenimiento en estos capítulos.

Hay que tener en cuenta, que los postulados que alimentan la corriente del Realismo Jurídico, presentan inconvenientes de aplicación cuando se intentan armonizar con la dogmática penal y la función judicial relacionada con esta rama del derecho.

En materia penal, la facultad del Estado consistente en crear y aplicar penas -*ius-puniendi*-, consiste en una serie de *garantías* que aquél debe tener en cuenta para la realización de dicha función: las garantías *penal, legal, judicial* y *criminal*. De estas cuatro, para efectos de la exposición del inconveniente, resulta más relevante la *garantía legal*; de esta, se desprende la garantía de la *lex stricta* o *Estricta Legalidad*, de tal manera que los jueces penales -quienes son los llamados a aplicar las leyes sustanciales y procesales de esta rama del derecho- están sometidos al imperio de la ley aplicable en el proceso de la misma rama.

En principio, desde un punto de vista meramente teórico, el papel creador de los jueces no podría ser concebido en materia penal, debido a que ellos están estrictamente sometidos al tenor literal de la ley *-Estricta Legalidad-*, la cual deben aplicar fielmente. No obstante, el punto de vista teórico sería válido en la medida en que el juez penal sea ajeno o esté por fuera o encima de una dinámica social, política, moral, económica y tecnológica existente. Sin embargo, es una realidad manifestar que aquéllos se encuentran inmersos en una dinámica social compleja que va en constante crecimiento y que ha sido producto de la modificación de los sistemas procesales, principalmente en países latinoamericanos que están en un período de tránsito de las metodologías permeadas por lo escrito y ahora mutan hacia la oralidad.

Los sistemas penales que han incluido la oralidad en sus procedimientos contienen unos aspectos que acarrearán una serie de consecuencias importantes que debilitan la idea de la aplicación estricta de la ley penal y por el contrario, fortalecen la idea de una función judicial que no está supeditada a la ley, sino a una dinámica personal y social existente, veamos:

- a. En primer lugar; existe un aspecto de orden *estructural*: los sistemas de tendencia acusatoria utilizan la metodología de la *Audiencia Pública* en las etapas de instrucción y juzgamiento, que de conformidad al principio de publicidad y oralidad de las formas procesales; todas las actuaciones, salvo ciertas excepciones normativas, son abiertas al público; esto implica que el Juez tenga una interacción, no solo con las partes e intervinientes procesales, sino también con la sociedad, la cual estará conformada por las personas del común, la prensa, grupos sociales de opinión, grupos sociales especializados, instituciones públicas y privadas e inclusive por grupos armados estatales, paraestatales y subversivos.
- b. La existencia de un aspecto de orden *material*: desde la implementación de un proceso penal de tendencia acusatoria, los jueces que ahora tramitan sus actuaciones con un público variable como espectador, han venido manejando una creciente ola de casos de gran relevancia o importancia determinada, no solo por la gravedad de la conducta que se procesa; sino también, por el impacto social, político y económico que conlleva, lo cual genera una creciente ola de opiniones positivas y negativas que inevitablemente es dinámica y de fácil acceso por parte del juez, que

gira en torno al manejo o trato extraprocesal frente al caso puntual manejado por éste -Redes sociales, Internet, medios masivos de comunicación-.

- c. Un aspecto de orden *decisional*: los sistemas penales de tendencia acusatoria que no están provistos de jurados de conciencia -como el colombiano, por ejemplo- tienen un Juez al que se le ha encomendado la función decisoria; teniendo en cuenta sistemas de apreciación de los hechos y de las pruebas de cortes más liberales, los cuales dan un margen amplio de discrecionalidad concerniente a la apreciación de los hechos, determinación del alcance normativo, postulación y aplicación de doctrinas así como la valoración discrecional de los medios de prueba y el reflejo de todo esto, es el sistema de la Sana Crítica.

- d. Un aspecto de orden *procesal-práctico*: los sistemas penales de juzgamiento con tendencias acusatoria, han creado una trascendental y creciente actividad en la dialéctica manejada en las audiencias públicas; la cual influye inevitablemente en la toma de la decisión judicial, siendo la ley un factor al que se le resta trascendencia en los casos que se ponen a merced del operador judicial; así, cada parte e interviniente “vende” al juez un punto de vista, el cual está materializado en la teoría del caso, y que no deja de ser trascendente en el eventual rumbo o futuro que el juez pueda diseñar en cuanto a la producción de una decisión judicial.

La facultad de creación del derecho por parte del Juez penal a partir del sistema de valoración de la sana crítica que está contenido en un sistema de proceso de tendencia acusatoria; está justificada aún más por la diferencia conceptual existente entre lo que se conoce como *enunciado normativo* y *norma*. El primero de ellos se define como aquellos postulados que se encuentran previstos en el derecho objetivo, particularmente en las leyes y la *norma* es aquella regla que se desprende a partir de la *aplicación* del enunciado normativo por parte de la autoridad que se ha dispuesto para esta función; es decir, la persona del juez, “así lo hace Kelsen (1979) por ejemplo, quien define la norma jurídica como una norma (enunciado condicional de deber ser) que establece una

sanción coercitiva aplicable por un órgano del estado”.⁴⁴ Es por esto que la facultad de creación de normas jurídicas es una atribución propia encomendada al operador judicial; esto es dable, en la medida en que el derecho obtiene su eficacia a partir del criterio individual de cada uno de los sujetos encargados de hacer actuar el derecho.

Por otra parte, los aspectos mencionados, no modifican la idea de un juez cuyas decisiones están sometidas estrictamente a la ley sustancial y procesal en materia penal; por el contrario, la toma de decisiones se convierten en un aspecto complejo, en el sentido que la función judicial estará relacionada con una dinámica personal y social existente de la que el operador de justicia no es ajeno; situación que deja entrever la actuación del Realismo Jurídico, al ser el operador judicial quien define sus casos conforme a sus convicciones y conforme a la ya mencionada realidad externa.

Estas realidades externas e internas se han definido como *factores*; es decir, situaciones que se desarrollan dentro y fuera de la persona del juez, que tienen relación directa con su función y por ende, tiende a ser afectada. De esta forma, el juez penal es inducido por una realidad en la que éste está incluido y sobre la cual estará permanentemente influenciada, por encima de la estricta legalidad, que no trasciende de su composición teórica. Es así como el Realismo Jurídico se manifiesta en la lógica decisoria del operador judicial, y ésta, a su vez, se concreta en sus decisiones. Veamos algunos factores que inciden en las decisiones de los jueces.

3.1 Factores externos que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces

Existen situaciones sociales complejas y realidades que implican la modificación de la forma de pensar y de actuar de la persona que allí se encuentra inmersa. Estos factores que pueden ser denominados *externos*; pueden variar de acuerdo al contexto en el que el sujeto coexiste con otros. “La realidad de la vida cotidiana se presenta ya objetivada, o sea, constituida por un orden de objetos que han sido designados como objetos antes de

⁴⁴BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición. Pág. 73.

que yo apareciese en escena.”⁴⁵ Así pues; el juez penal al llegar a determinado territorio nacional, está expuesto a lo que en ese territorio esté determinado para su actuar; porque nuestro mundo humano está permanentemente influenciado por ciertas situaciones externas y pragmáticas que inciden en nuestra forma de pensar y actuar; y así, nuestras conciencias son fruto de la realidad objetivada que nos rodea.

Muchas realidades están arraigadas a una corriente de pensamiento, una región, un grupo social, una religión, a costumbres, entre otros aspectos. Sin embargo, en países como Colombia, existen realidades más complejas, en comparación con otros estados. La realidad de Colombia está marcada por una situación de conflicto armado interno entre milicias que se han alzado en armas en contra de las instituciones estatales, así como de grupos que comulgan con éstas: Guerrilla y Paramilitarismo. Estas agrupaciones se han encargado de imponer pensamientos, políticas sociales, e inclusive -como se verá más adelante- de condicionar la forma cómo las instituciones deben obrar -por ejemplo, la función judicial-. Por estas razones, los factores externos que se describirán a continuación, estarán relacionados con la influencia que estos grupos al margen de la ley han ejercido en ciertas partes del territorio nacional y su incidencia en la toma de decisiones por parte de los jueces.

3.1.1 La influencia de las agrupaciones guerrilleras

Los grupos subversivos al margen de la ley denominados *guerrillas*, nacieron en Colombia poco después de la muerte de Jorge Eliécer Gaitán y su origen, se debió a una creciente y abrumadora inequidad social existente en el país, consistente en la distribución del suelo, el cual se encontraba -y aún se encuentra- en manos de terratenientes reflejado en grandes latifundios. Los que no eran de propiedad privada, se encontraban en grandes baldíos no adjudicados a personas necesitadas, principalmente de clase obrera y campesina. Esta pugna llevó a que dichos grupos se concentraran en zonas preferiblemente rurales del territorio nacional, cuyas consignas reflejan la defensa de los intereses de los necesitados y del campo; la cual fue clara hasta los años 80, en los que el narcotráfico hizo que la lucha inicialmente planteada se volviera confusa.

⁴⁵ BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (2001): *La Construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortou Editores. Pág. 37.

Sin perjuicio de lo dicho; hay que rescatar que durante más de 50 años de constante lucha en contra de las políticas Estales, principalmente por las reformas agrarias, las guerrillas han ido *colonizando* diferentes partes del territorio nacional, donde se han asentado y fomentado formas de justicia regional; creando procesos de solución de conflictos conforme a sus conveniencias, que no dejan de ser imposición de *valores* que éstas defienden y que han ido mutando por el paso del tiempo y han jugado un papel importante en la dinámica social en los territorios donde están asentados: “En la resolución de conflictos entre individuos puede observarse que en sus comienzos la tendencia de la guerrilla era la de desafiar el derecho “burgués” o estatal al tomar decisiones judiciales en contra del orden social que combatían. Posteriormente; a mediados de los años ochenta, cuando comenzó a acuñar normas parciales y dispersas, la tendencia fue contraria, pues sus decisiones respetaron los pilares básicos del capitalismo. Su acción judicial estaba dirigida a la desactivación de los conflictos, a resolver los problemas con criterios de equidad y a que “prevaleciera lo justo y el interés de los más humildes y explotados”, sin que ello significara un cuestionamiento de fondo de las relaciones económicas vigentes.”⁴⁶.

Estas políticas *de propia mano* se dan a raíz del control de un territorio; este control se da a partir que “la guerrilla logró un importante control en zonas estratégicas en las que desarrolló funciones estatales a partir, en algunos casos, del uso de la fuerza. En otros casos el control de los territorios se debió al reconocimiento de la autoridad, que ellos ejercían, por parte de los pobladores. En ese contexto, sus prácticas judiciales se orientaron hacia el desarrollo de la solución de conflictos individuales o comunitarios haciendo hincapié en el manejo de los recursos municipales”⁴⁷; principalmente influenciando o presionando instituciones como el poder judicial -en lugares de su control donde éstas existen-. En resumen, la guerrilla “garantiza el orden público, imparte soluciones judiciales, distribuye recursos económicos y protege la naturaleza en zonas en las cuales tiene presencia”⁴⁸.

⁴⁶ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001.). *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Volumen 2. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores. Pág. 391.

⁴⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001.). *Ob. Cit.* Pág. 392.

⁴⁸ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Volumen 1. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores. Pág. 39.

Lo anterior refleja, que las partes del territorio Colombiano, en donde el Estado no ejerce o no ha ejercido presencia, y mantenido en un estado de abandono; las personas que allí habitan reconocen bien por voluntad propia, o por el uso de la fuerza, la autoridad que la guerrilla les impone acatando las decisiones que estos grupos dan en la resolución de conflictos; bien entre los mismos pobladores, o entre los pobladores y los miembros de dicha guerrilla.

Es así, como los mismos habitantes de las zonas de influencia guerrillera, se ven sometidos a las decisiones de estos insurgentes e inmiscuidos directa o indirectamente en sus actuaciones. F. Giraldo, condenado por los delitos de rebelión y otros delitos, declaró recientemente al ser entrevistado; que no pertenece a ningún grupo guerrillero, pero que por ser comerciante en una zona de influencia guerrillera (Puerto Cachicamo Guaviare), se ve obligado incluso a hacer negocios con ellos, bien por temor o por conveniencia, de lo contrario, tendría que abandonar su familia y negocios en dichas zonas. Así mismo, refiere, que la guerrilla mantiene atemorizado a los habitantes de ese territorio para que nada o nadie se mueva sin la autorización de ellos, a quienes deben obediencia so pena incluso de la pena de muerte. En cuanto a los jueces; dice que nadie denuncia por temor a la guerrilla, dando a entender que sus asuntos los resuelven ellos. (F. Giraldo, comunicación personal, 15 de septiembre de 2012).

En el anterior aspecto, parece tener la razón el señor Carlos Agudelo; quien recientemente en entrevista hace relación a la justicia que imparten sus comandantes en las zonas de influencia guerrillera en la que él ha participado, cuando manifiesta que incluso los campesinos acuden a ellos para dirimir sus conflictos y son sus comandantes quienes imponen las sanciones o castigos a que haya lugar; y así mismo, impone las penas que deben acatarse cuando son juzgados sus propios miembros. (C. Agudelo, comunicación personal, 15 de septiembre de 2012).

Como se puede observar, las guerrillas condicionan los mecanismos de solución de conflictos mediante el uso de la coacción -unas veces avalada u otras veces impuestas en estricto sentido-, sobre todo si son asuntos de orden judicial, los cuales no sólo se limitan al campo penal -en el cual se encuentra la imposición de la pena capital- sino que trascienden a otras ramas de importancia como la civil -en materia de tierras-.

Al impartir u ofrecer soluciones judiciales en territorios donde tienen asentamiento permanente los grupos insurgentes; es necesario relacionarlos con las decisiones de los jueces en tales jurisdicciones, quienes deben *coordinar* su actuación con los mecanismos de solución de conflictos que ofrecen las organizaciones insurgentes, así no sean aceptados por el resto de la comunidad. Esto sucede porque hay regiones del país (Llanos orientales, zonas del Putumayo, Caquetá, Amazonía, entre otras) donde existe poca presencia del Estado o simplemente está ausente⁴⁹.

Existe presencia de las instituciones del Estado en lugares apartados del país -los cuales siguen existiendo hasta nuestros días-; la cual es de carácter precaria, lo que facilita la presencia, no sólo de agrupaciones guerrilleras, sino también de la proliferación de sus políticas *públicas generales y específicas -como la política criminal características de ellos que es la imposición de pena capital-*. Un juez que vive bajo estas realidades no hace otra cosa que asumir por *imitación-sumisión* las directrices o *soluciones* que el grupo insurgente establece en ese determinado territorio; y bajo esta realidad, la ley no es la que condiciona la validez ni la eficacia de las decisiones de los operadores judiciales del Estado.

3.1.2 La influencia de las agrupaciones paramilitares.

Alrededor de los años 70, en los departamentos de Córdoba y norte-centro de Antioquia fueron creados grupos privados de seguridad, cuyos servicios eran prestados a los hacendados de dichas zonas, a raíz de una creciente ola de delincuencia común y el crecimiento de las guerrillas, puesto que estos últimos amenazaban con el despojo de tierras y el hurto de ganados y cultivos. Por el tiempo de los 80 y 90 se crearon organizaciones privadas organizadas de *limpieza social*, cuyo principal campo de acción dejó de ser en las haciendas y se enfocaron en la ciudad: Medellín y Envigado, es un ejemplo de la proliferación de estas 'milicias' que por esos años fueron avaladas por los

⁴⁹ "Según información contenida en *El Tiempo* acerca de las FARC, en las zonas rurales donde tiene presencia, el movimiento guerrillero prohíbe, por ejemplo, pescar con dinamita, cortar árboles en el nacimiento de los ríos, cazar especies nativas y circular por río o carretera después de las seis de la tarde. En San Juan de Lozada, una inspección de San Vicente, las FARC sancionan el alto volumen de la música en los negocios, las peleas, las amenazas con cuchillo y revólver, los insultos y han impuesto una 'hora zanahoria' que va hasta las doce de la noche entre semana. "(Como se cita en DE SOUSA SANTOS y GARCIA VILLEGAS, 2001, p. 39)".

gobiernos locales y regionales y que en algunos territorios se abrogaron el nombre de “convivir” y es por eso la denominación de organizaciones “paraestatales”.

Ya por el año de 1991 “las milicias se dieron a conocer plenamente en la ciudad. La población se sorprendió ante el espectáculo de unos jóvenes encapuchados y armados que andaban en los medios de comunicación proclamándose a sí mismos como el poder armado de los barrios, de manera menos pública ya que la gente conocía de su existencia como grupos que parecían dispuestos a exterminar delincuentes y drogadictos.”⁵⁰.

Estas agrupaciones criminales no se alzan en armas en contra del Estado; sino, que van en defensa del orden público y de la guarda de la seguridad en zonas donde tienen presencia; su *modus operandi* se divide en dos fases: *por un lado*; establecen mecanismos de ajusticiamiento para personas que -según ellos- son *desadaptados sociales*, como los drogadictos, los habitantes de la calle, las prostitutas y la población homosexual; puesto que son un mal ejemplo -según ellos- para las comunidades. La pena capital o el destierro -mediante la emisión de panfletos- son los mecanismos que más se utilizan para tales fines. *Por otro lado*; en el norte del país, principalmente en la costa Atlántica, así como han asumido la defensa de tierras de algunos hacendados, también han establecido su propia política de adjudicación y entrega de tierras a ciertas poblaciones campesinas. En resumen, “en el norte del país los paramilitares han entregado tierras a los campesinos; en los barrios populares de Medellín y Cali las milicias han brindado protección a los pobladores y emprendido campañas de aseo y educación”⁵¹.

Ya para el año 2006, con el advenimiento de la ley 975 de 2005 o de ley de Justicia y Paz, las Autodefensas han venido realizando un proceso de *desarme* y *reinserción* a la vida civil, situación que ha dado resultados positivos y negativos; sobre todo estos últimos, al propiciar el nacimiento de grupos emergentes provenientes de las

⁵⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001): *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Volumen 2. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. Pág. 430.

⁵¹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Volumen 1. Bogotá D.C.: Siglo del hombre Editores. Pág. 39.

agrupaciones desmovilizadas, bajo el nombre de *Bandas Criminales* (BACRIM). Por otro lado, la intimidación a las instituciones estatales se ha venido dando en dos momentos, *antes de la ley que facilitó la desmovilización y después de dicha ley*:

En el primer planteamiento; es característica las políticas de tierras (civil) y el impedimento para ajusticiamiento criminal de los integrantes de las AUC por parte de los organismos judiciales, situación que se presenta a raíz que estas agrupaciones eran las que tenían la autoridad y la justicia en las zonas donde estaban asentadas: el operador judicial, así como los demás funcionarios de las distintas ramas del poder público a nivel local se sometían a las directrices que ellos imponían, no interviniendo ni entorpeciendo su desarrollo; es decir, que el operador judicial estaba impedido para juzgar esta serie de criminales -pues menos eran investigados- ya que tenían inmunidad, dado el dominio que tenían en el territorio donde se encontraban.

El segundo aspecto; data a partir de la promulgación de la ley 975 de 2005 o ley de Justicia y Paz, este mecanismo, entre otras circunstancias en pro de los paramilitares, fue el producto de las presuntas negociaciones que se llevaron en el año 2001-2002 en Santa Fe de Ralito y que se plasmaron en el famoso *Pacto de Ralito*, en el cual; estos grupos armados de la mano con políticos de la Costa Atlántica, pretendían acceder a la vida política del país, así como obtener beneficios del Gobierno Nacional para su reinserción a la vida civil: “La rápida expansión del paramilitarismo y de su poder militar se tradujo en un “enorme poder económico, no sólo gracias al control de las rutas del narcotráfico; sino, porque se convirtieron en coadministradores de los recursos públicos. Una vez consolidado ese poder militar y económico, las AUC iniciaron un proyecto político para infiltrar las instancias del poder público a niveles regionales y para el año 2001 y 2002, proyectándose a otras instituciones del nivel nacional... según el ente acusador, el pacto fue usado también por los paramilitares como un[a] jugada clave para obtener beneficios futuros dentro de un eventual proceso de negociación.”⁵².

⁵² VERDADABIERTA.COM. *La historia detrás del ‘Pacto de Ralito’*. <http://www.verdadabierta.com/politica-ilegal/parapoliticos/2103-la-historia-detras-del-del-pacto-de-ralito> [Consulta: jueves, 8 de agosto de 2013]

Desde la implementación de la ley de Justicia y paz, ningún operador judicial se encargó de emitir una sentencia en contra de un solo desmovilizado; la primera condena fue en junio de 2010 -5 años después de la implementación del mencionado marco jurídico- en contra de alias 'Diego Vecino' y alias 'Juancho Dique', "por el Tribunal Superior de Bogotá a penas ordinarias de 39 y 38 años respectivamente por la masacre de 11 campesinos y el desplazamiento de 300 familias en Mampuján el 10 y 11 de marzo de 2000."⁵³. Las razones por las cuales ha habido pocas condenas han sido las repercusiones que ha tenido esta ley negociada por las mismas organizaciones paramilitares, situación que ha condicionado las gestiones judiciales y en consecuencia se produzcan pocas condenas en contra de aquéllos.

Es decir, el marco jurídico creado en favor de estos grupos, condicionan la función judicial, lo que se ve reflejado en las pocas condenas que se han presentado hasta la fecha, así como la calidad del procesado; puesto que no son todos, sino que ciertos cabecillas o dirigentes son los que están dentro de los procesos; por otro lado, en materia de imposición de penas, como se puede observar en el reportaje citado, por delitos de grave afectación al derecho internacional humanitario y de lesa humanidad se otorgan sanciones que no van más allá de 40 años, cuyo quantum punitivo amerita mucho más, dada la naturaleza de los bienes jurídicos que han sido vulnerados.

Nótese entonces, que con relación a la influencia que los grupos paramilitares han ejercido en el sistema penal, se tiene que son ellos mismos los que propician un acercamiento con las autoridades nacionales para crear una ley que les beneficie y así reinsertarse a la vida civil; esto es, la creación de la ley de justicia y paz, diseñada exclusivamente para que estos grupos dejen las armas y como beneficios otorgados, entre otros, está el ser condenados a la módica condena de 8 años de prisión; con la excepción que si siguen delinquiendo o no se ajustan a los parámetros de la ley de justicia y paz, serán juzgados conforme esté tipificado en el código penal.

⁵³ VERDADABIERTA. *La primera condena de Justicia y Paz.* <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/2527--la-primera-condena-de-justicia-y-paz> [Consulta: jueves, 8 de agosto de 2013]

De esta manera tienen injerencia, no solo en la creación de leyes en su favor, sino en la dosificación punitiva para aquellos que supuestamente se desmovilicen. Obviamente, beneficios que favorecen más a los cabecillas de estas organizaciones al margen de la ley, que a los mismos militantes o paramilitares de bajo perfil; pues éstos, en últimas solo cumplen las ordenes atroces de sus jefes; quienes son los directos responsables ante el ordenamiento nacional e internacional, en cuanto a la comisión de delitos de lesa humanidad se refiere.

Estos son algunos factores que influyen en las decisiones del juez penal; provocadas por la acción de estos grupos externos que inciden, no sólo en el marco jurídico aplicable, sino en las regiones del país donde, hasta hace pocos años, dichas organizaciones tuvieron voz y mando, creando inmunidades en su favor, políticas agrarias, de seguridad y de administración de territorios. Es decir; las realidades aplicadas por el juez, particularmente del penal, están condicionadas por el medio externo en el que se encuentran, más si están influenciados por la presencia de organizaciones criminales encargadas de imponer directrices a la forma cómo deben actuar las instituciones del Estado; esto, más no la ley desprovista de estas realidades, es lo que condiciona la actuación del operador judicial.

De la forma antes descrita se muestra la injerencia de la corriente del realismo jurídico, esta vez condicionado por algunos factores externos (grupos armados al margen de la ley) que permean la función del juez, interpretando una realidad existente a su alrededor.

3.2 Factores internos que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces

El juez es un ser humano, y por el hecho de serlo es falible; no sólo lo es por la influencia que la dinámica social le impone -a veces sin ser consciente de ello-; sino, que también existen situaciones propias de él que lo conducen a ciertas y determinadas actuaciones en su labor principal de operador judicial como lo es, la de ejercer la facultad decisoria. No obstante, esas cuestiones que le son propias o abrogadas a dicho sujeto y que tienen una fuente externa -como lo veremos más adelante-, son producto de su desarrollo interno, en la medida que, de conformidad con esas fuentes (ideología, ámbito laboral, social, etc.), las asume o aprehende, tomando una posición individual al respecto.

A partir de ese planteamiento, se afirma que los factores *internos* son aquellas situaciones puntuales que hacen parte del juez y que inducen e influyen en la función de aplicación y determinación del derecho en general y de las normas jurídicas en particular. Dichas situaciones son producto de fuentes externas -como se verá más adelante-, pero a diferencia de los factores externos -vistos con anterioridad-, los internos obedecen a cuestiones que hacen parte de la persona del juez; es decir, de su propio ser, su propio entender y su personalidad. Conforme la anterior conceptualización, algunos factores internos se pueden dividir en varias categorías, así:

3.2.1 Factor Interno de mera personalidad.

El juez, como ser humano, es un sujeto que a lo largo de su vida va adquiriendo y aprehendiendo conocimientos en diferentes espacios, situación que poco a poco va creando en éste una determinada posición frente a ciertos aspectos de la vida y la sociedad que lo rodea.

La *personalidad* se puede definir como aquellos rasgos conductuales y actuariales que caracterizan la individualidad de un sujeto y que lo diferencian de otro; paralelo a lo anterior, se crea la *actitud* en el hombre, la cual se puede conceptualizar como la forma cómo éste enfrenta o asume una determinada situación de vida; a partir de esto, nace lo que conocemos como *experiencia*. Este último concepto es bien aplicado por el hombre en general y específicamente por el Juez, acuñándose un término más construido conocido como *reglas o máximas de la experiencia*; es decir, lo que el Juez tiene como soporte; entre otros aspectos, en el marco de un proceso penal. "Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos."⁵⁴.

⁵⁴ STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*. Ediciones Universidad de Navarra S.A.; Pamplona (España). 1973. Pág. 30, en PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá D.C. (Colombia). Pág. 80.

Pues bien, toda esta reflexión recrea en el ser humano -incluyendo la persona del juez- una forma personal para asumir ciertas situaciones que ante su vida se ponen de presente, sobre todo la forma de buscar y discernir ante la posibilidad de ofrecer soluciones determinadas. En el fondo, por cada persona existe una forma distinta de asunción de las problemáticas o conflictos, así como una forma distinta de ofrecer una salida. Todo esto es producto de la capacidad de raciocinio que nos caracteriza como seres humanos. “El proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interacción con un ambiente. Este convencimiento cobra significación si se piensa que dicho ambiente es tanto natural como humano. El hombre así desarrollado se familiariza con los acontecimientos naturales y aprende a interpretarlos, otro tanto ocurre con los comportamientos humanos. El hombre llega a su completud en forma fundamental relacionado y educado por los demás hombres. Aprende de ellos, y aprende de sus comportamientos a penetrar sus intimidades.”⁵⁵.

Es así, que el Juez como persona, a lo largo de su formación como ser humano y profesional del derecho va asumiendo una determinada posición a partir de ciertas situaciones de vida que observa o que vivencia; y es de allí donde va creando una serie de hipótesis o predicciones, que van haciendo parte de su experiencia personal. Pero no sólo esta formación influye en la lógica de este sujeto, las realidades sociales, políticas, morales, religiosas, entre otras, inciden en el desarrollo de la personalidad del Juez, y la posición que tome frente a éstas; diseñarán su razonamiento al momento en que le corresponda solucionar un determinado caso; es decir, hacen parte de su razón.

Ahora bien, cabe señalar que a este personaje le fue encomendado por parte del Estado, la facultad de decidir las controversias de los particulares mediante el uso de la adjudicación. En materia penal; la labor consiste, en el juzgamiento a través de la imposición de las penas que existen en la legislación a partir del encuadramiento de conductas que el Sistema cataloga como *punibles*. Esto no es más que el reflejo de la garantía de la *estricta legalidad*.

No obstante, el mismo proceso le da la potestad al operador judicial de aplicar su buen entender, mediante la determinación del alcance de los hechos puestos en controversia, de

⁵⁵PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial Ediciones del Profesional Ltda., 16ª Edición. Bogotá D.C. (Colombia). Pág. 79.

las normas procesales y sustanciales, dándoles su propio entender, así como determinar el valor de los medios de prueba que se allegan al proceso; esto es el desarrollo del Sistema de valoración de la *Sana Crítica*, que no es otra cosa que la aplicación del derecho a partir del entender propio del operador judicial, es decir, de lo que está inmerso en su personalidad.

El entendimiento de la forma de manejar el proceso y el definir las controversias a partir de las normas que va creando o que según el juez se desprenden de los enunciados normativos; es determinado en cuanto a su alcance por cada operador, que define la forma como asume un determinado caso, así como la posterior imposición de su propia convicción –por supuesto que fundamentada- en la sentencia.

El realismo jurídico resalta la eficacia del derecho a partir de las actuaciones judiciales materializadas en la definición de controversias a través de la sentencia. En materia penal; el sistema de valoración de la sana crítica, le otorga al juez penal la discrecionalidad de adoptar sus fallos conforme a sus propios conocimientos y a las normas jurídicas que se desprenden de su labor, al momento de extraerlas de los enunciados normativos y he aquí donde la corriente realista cobra una influencia notable:

La estricta legalidad y las normas jurídicas no suelen ser un factor que influye directamente en los fallos de los jueces; sino que pasan a un segundo plano, siendo la convicción de dichos funcionarios la que constituyen uno de los factores encargados de arrojar las soluciones a controversias judiciales, aunque se puedan observar decisiones escudadas en la norma aplicable o en lo que los mismos operadores consideran aplicable.

3.2.2 Factor Interno Psicológico.

La psicología es una disciplina que se ocupa del estudio de los procesos mentales y del comportamiento, principalmente del ser humano. Esto quiere decir que se ocupa también del estudio de la personalidad como uno de los frutos principales de los procesos que ocurren en el hombre.

Si bien, la personalidad tiene una relación intrínseca con los procesos mentales del hombre, se quiso diferenciar los factores internos de mera personalidad de los psicológicos, para discriminar aquellas situaciones en las que el ser humano presenta

perturbaciones en su estado mental y en sus procesos y estados mórbidos. En consecuencia, asociaremos el *factor interno psicológico* a aquellas situaciones en las que la persona experimenta una alteración en su estado mental y consecuente con esto, en su personalidad: “En patología mental acordamos el mismo privilegio a la noción de totalidad psicológica; la enfermedad sería la alteración intrínseca de la personalidad, desorganización interna de sus estructuras, progresiva desviación de su devenir; sólo tiene sentido y realidad en el interior de una personalidad mórbida.”⁵⁶.

Los trastornos en los procesos mentales del hombre son debido a la misma interacción que éste tiene con la dinámica del mundo, la dinámica social y el desarrollo de procesos humanos alrededor de aquél, y es por esto que “la enfermedad atañe a la situación global del individuo en el mundo: en lugar de ser una esencia fisiológica o psicológica es una reacción general del individuo tomado en su totalidad psicológica y fisiológica.”⁵⁷.

En este orden de cosas; los trastornos de la personalidad se pueden dividir en dos: la *Psicosis* y la *Neurosis*. La primera de ellas la podemos asociar con “perturbaciones de la personalidad global”⁵⁸, lo cual implica una “alteración del pensamiento [Esquizofrenia],... una alteración general de la vida afectiva y del humor;.... Una perturbación del control de la conciencia, de la observación en perspectiva de los distintos puntos de vista, formas alteradas del sentido crítico (creencias delirantes en la paranoia)”.⁵⁹La segunda; “por el contrario, es solo un sector de la personalidad el que está enfermo... pero el curso del pensamiento se conserva intacto en su estructura”⁶⁰; entonces, bajo esta última definición podemos clasificar: las obsesiones, las fobias, angustias, ansiedades y enfermedades de adaptación como el Stress, entre otras.

El Juez, como ser humano no está exento de estas situaciones, por el contrario, la misma exterioridad en la que está inmerso condiciona su afectación mental. No nos detendremos a examinar cada una de las patologías o padecimientos mentales que puedan padecer los

⁵⁶FOUCAULT, Michael: *Enfermedad Mental y Personalidad*. Editorial Paidós. Barcelona (España). 2002. Pág. 17.

⁵⁷FOUCAULT, Michael: *Ob. Cit.* Pág. 19.

⁵⁸FOUCAULT, Michael: *Ob. Cit.* Pág. 17.

⁵⁹FOUCAULT, Michael: *Ob. Cit.* Pág. 17.

⁶⁰*Ob. Cit.* Pág. 18.

operadores judiciales, pero sí en uno de ellos, que -para efectos de esta investigación- es el que se presenta con mayor frecuencia en medios que implican funciones de largas jornadas, de mayores requerimientos físicos y mentales; en la resolución de conflictos dentro de su función judicial, como lo es: el Estrés.

El Estrés -o Stress- es una enfermedad de *adaptación*; es decir, patologías provocadas por perturbaciones relacionadas con el proceso de asimilación que un individuo tiene con cierto tipo de situaciones o con el medio ambiental, social, cultural o personal en el que se encuentra inmerso. Esta enfermedad aparece desde el inicio de nuestra humanidad como una respuesta a las amenazas que experimenta el hombre y que produce en éste una serie de cambios fisiológicos y psicológicos. Sin embargo, cuando el organismo experimenta constantemente esta serie de modificaciones repentinas o abruptas, produce una serie de cambios que suele ser más lentos y no paralelos, los cuales no se acomodan eficazmente a su ritmo de vida. Es así, que “Los problemas empiezan porque nuestros sistemas nervioso, cardiovascular e inmunológico han evolucionado a un ritmo mucho menor que nuestro estilo de vida.”⁶¹.

De acuerdo con el ambiente en el que el ser humano se encuentre, el estrés toma una faceta diferente: cuando la persona está en un ambiente de orden laboral, aparece -en ciertas circunstancias- el estrés relacionado con el trabajo y con la función allí desempeñada. “Los investigadores de habla hispana que más han escrito sobre el tema lo han concebido como un estrés organizacional crónico y cotidiano, que afecta con mayor frecuencia a trabajadores del área deservicios: médicos, enfermeras, profesores y maestros, terapeutas, psicólogos, policías, bomberos, agentes de relaciones públicas, empresarios y trabajadores en contacto directo con público”⁶².

La función judicial (en particular la de los sistemas penales de tendencia acusatoria) requiere contacto permanente con el usuario, sea con las partes e intervinientes procesales, como con terceros -público y otros funcionarios judiciales-. Esta constante

⁶¹ ACOSTA, José María: *Gestión del Estrés*. Ediciones *Protif*. Barcelona (España). 2011. Págs. 18.

⁶² MIRA FRANCO, Katherine, SALAZAR RENDÓN, Valentina y URÁN CADAVID, Kelly María: *Aproximaciones teóricas y hallazgos empíricos sobre el síndrome de burnout*. Tesis de grado. Facultad de Psicología. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín (Colombia). 2005. Pág. 30.

interacción con el personal que está alrededor del juez, sumado a los problemas de congestión de los procesos y las crecientes dinámicas sociales que influyen en el funcionario -teorías críticas develadas por Duncan Kennedy en las realidades procesales que vivencia el operador de justicia- son factores que producen Estrés, ahora en un ambiente laboral. Bajo la situación persistente en la lógica del juez, se producen decisiones judiciales inducidas bajo la patología mencionada.

“Entre las condiciones que podrían determinar estrés laboral se han descrito:

1. El diseño de los trabajos: trabajo pesado, descansos infrecuentes, turnos y horas de trabajo largos, trabajos frenéticos y de rutina que tienen poco significado inherente, no usan las habilidades de los sujetos y proveen poco sentido de control.
2. El estilo de dirección: falta de participación de los trabajadores en la toma de decisiones, falta de comunicación en la organización y falta de políticas favorables para la vida de familia.
3. Relaciones interpersonales: malos ambientes sociales y falta de apoyo o ayuda de compañeros y supervisores.
4. Los roles de trabajo: expectativas de trabajo mal definidas o imposibles de lograr, demasiada responsabilidad y demasiadas funciones.
5. Las preocupaciones de la carrera: inseguridad de trabajo, falta de oportunidad de crecimiento personal, el fomento o el ascenso, cambios rápidos para los cuales los trabajadores no están preparados.
6. Las condiciones ambientales: condiciones desagradables y peligrosas como las áreas de trabajo atiborradas, el ruido, la contaminación del aire o los problemas ergonómicos (NIOSH, 1999).

Otros factores que condicionarían estrés ocupacional son: el contexto macro social y el estrato socioeconómico; el tipo de trabajo; el apoyo social, dentro y fuera del trabajo; los sentimientos de autoestima y de control; el tipo de personalidad; la edad y el género. (WILLIAMS, DR. 1991; TRUCCO, M. 1999).”⁶³.

⁶³ GARCÍA MATURANA, Carolina Alejandra: *Estrés laboral en el personal de la unidad de emergencia gineco-obstétrica. Hospital Clínico Regional Valdivia*. Tesis de Grado. Facultad de Medicina. Universidad de Chile. Valdivia (Chile). Págs. 8-9.

Todas esas condiciones que observamos se producen con relación al tipo de trabajo - trabajos pesados, de largas jornadas, consideraciones o condiciones peligrosas de éste, descansos infrecuentes, etc.- bajo los cuales los jueces, sobre todo los que manejan sistemas con metodologías de audiencias (orales), se ven abocados a desarrollar y situaciones mórbidas como el estrés.

Para los usuarios de la justicia en especial de la penal, no es ajeno ver en los complejos judiciales, como los jueces bien con función de garantías, o de conocimiento; salen de una audiencia y entran seguidamente a la otra; muchas veces confunden los asuntos a tratar por andar corriendo de audiencia en audiencia. Por si fuera poco y más en los jueces con función de control de garantías, éstos tienen que cumplir jornadas extenuantes debido al roll que desempeñan; esto es, estar en servicio constantemente, pues son a ellos a los que inicialmente traen las personas capturadas en la comisión de conductas punibles.

Por eso teniendo decisiones bajo el influjo de esa perturbación de la personalidad -estrés- desencadenan realidades decisionales que desplazan el papel ideal de mera aplicación de la ley por otros factores muy distintos, reflejándose una vez más la influencia del Realismo Jurídico; en el sentido de demostrar que el derecho está dado por la realidad objetivada y subjetiva que los jueces develan en sus decisiones, más no por depender de directrices otorgadas por la norma jurídica.

3.3 Factores coyunturales que inciden en la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces.

Si bien es cierto y como vimos anteriormente, hay algunos factores tanto externos como internos que afectan o inciden en la toma de decisiones por parte de los operadores de la justicia en nuestro caso, el Juez penal. Estos factores podríamos enmarcarlos dentro de la cotidianidad de la actuación del Juez pero también existen algunos factores que no se podrían catalogar como frecuentes, o cotidianos; esto es, que son algunos factores que injieren en la toma de decisiones por parte del Juez, de manera ocasional.

En la realidad social que nos rodea; vemos como existen personas o situaciones que quieren de alguna manera controlar o influenciar en los roles de otras personas y que

estas a su vez, se dejan influenciar o controlar por el temor a que sus actuaciones sean mal vistas o bien vistas, aprobadas o desaprobadas; y en el caso que nos ocupa, el Juez penal no es ajeno a esto siendo una persona que por su roll, está siempre expuesta a la aprobación o no de sus actos, más cuando sus actuaciones por regla general deben ser de conocimiento público.

El juez y en general la Administración de Justicia, no son órganos que se encuentran por fuera de la sociedad ni de las opiniones o reacciones ideológicas que se originan en el conglomerado en comento. Toda crítica social nace a raíz de la exteriorización de actuaciones de organizaciones o individuos y a partir de éstas se genera el rechazo o la aprobación, el juez no es ajeno a la aparición de este fenómeno.

Como cualquier ser humano, el Juez está inmerso en subjetivaciones que expresa, que nacen a partir de las objetivaciones producto de la interacción con otros hombres. “La expresividad humana es capaz de objetivarse, o sea se manifiesta en productos de la actividad humana, que están al alcance tanto de sus productores como de los otros hombres, por elementos de un mundo común. Dichas objetivaciones sirven como índices más o menos duraderos de los procesos subjetivos de quienes los producen, lo que permite que su disponibilidad se extienda más allá de la situación ‘cara a cara’ en la que aprenderse directamente... [Por eso] la realidad de la vida cotidiana no solo está llena de objetivaciones, sino que es posible por ellas. Estoy rodeado todo el tiempo de objetos que ‘proclaman’ las intenciones subjetivas de mis semejantes”⁶⁴, de tal manera que la influencia externa va intrínsecamente relacionada con las posiciones de la sociedad que tienen vínculo directo con las actuaciones del individuo, así como con el acarreo de consecuencias de aprobación o reproche, bien sea porque éste se aparta o sigue la mencionada objetivación social de su conducta.

A esas intromisiones -por llamarlas así- podríamos asemejarlas a las objetivaciones sociales que nacen a partir de ciertas situaciones nuevas dentro del conglomerado social, de las cuales ésta asumiría posiciones de aprobación o de desacuerdo; si se actúa en contra o a favor, o si se genera rechazo o aceptación. Como se puede establecer; son

⁶⁴BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas: *La construcción Social de la realidad*. Ediciones Amorrortu. Buenos Aires (Argentina). 1993. Pág. 53.

posturas que se toman a partir de la asunción de nuevos planteamientos que la sociedad o un grupo dentro de ésta, consideran como digno de seguir o reprochar. Este fenómeno se puede llamar *factor coyuntural*.

La realidad judicial está rodeada de nuevos hechos que generan nuevas posiciones, opiniones, planteamientos y críticas por parte de la sociedad y los grupos que la componen, con mayor frecuencia en el proceso penal, dada la publicidad que ostenta y el constante crecimiento de procesos de interés que implican una decisión producto de la presión de esa coyuntura. Esto es otro factor importante en el que las actuaciones judiciales reflejan la realidad del momento y no la actuación de la norma jurídica. “Las restricciones que un medio impone dependen del proyecto por el que uno ha optado, de la opción que se quiere tomar.”⁶⁵.

Pueden existir muchas situaciones coyunturales que incidan en las decisiones judiciales del juez penal, pero de todas las que puedan surgir y considerarse se destacarán dos que son decisivas y de suma importancia y que para efectos de esta investigación son tenidas muy en cuenta por el operador judicial: *La política y los Medios de comunicación*.

3.3.1 La influencia Política.

“Difícilmente, sin una auténtica independencia judicial, puede hablarse de estado de derecho por ende de una democracia”⁶⁶; esta frase refleja la constante y creciente crítica que se centra alrededor de la situación de relación entre las decisiones judiciales y las organizaciones o grupos políticos, sobre todo aquéllos que están de turno y posicionados en las ramas del poder público.

La relación existente entre la política preponderante de Estado y la Administración de Justicia tiene una explicación que va desde las normas jurídicas que regulan el poder

⁶⁵ KENNEDY, Duncan: *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Editorial Siglo del Hombre y Uniandes. Bogotá D.C. (Colombia). 2005. Pág. 121.

⁶⁶ SILVA GARCÍA, Germán: *El triángulo del control social: Poder judicial, violencia política y narcotráfico*. Tres problemas centrales”, en *Memoria. Conferencia Iberoamericana sobre reforma de la justicia penal*. El Salvador, Octubre de 1991, pág. 34, en PARRA QUIJANO, Jairo: *la administración de justicia en Colombia*. Pág. 136.

público hasta la intervención política para su creación, por ejemplo: en Colombia, está fundamentada por la Constitución de 1991 en su artículo 113 cuando establece que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Sin embargo esta relación va mucho más allá de lo que la norma prescribe, puesto que las realidades existentes en países como Colombia, dejan entrever una serie de fenómenos que rodean a la Administración de Justicia y a la intromisión del poder político en su funcionamiento, incluyendo sus decisiones. Estos fenómenos pueden sintetizarse en uno sólo, el cual es el llamado *politización de la justicia*.

La *politización de la justicia* puede ser definida como un conjunto de situaciones, opiniones y grupos de orden político que influyen en el desarrollo de la función judicial. Esta realidad es muy criticada, debido a la afectación que se presenta a un poder que, en teoría, es independiente del resto, y que ahora, por intromisión del poder político, la función y las decisiones se ven afectadas o permeadas.

Los condicionamientos en el aparato jurisdiccional poseen dos aspectos fundamentales: *por un lado*, en materia de producción de condicionamientos normativos que deben ser aplicados por el juez, y *por el otro lado*, la influencia del poder político en términos de la obtención de favores a través de los jueces.

El *primer lado* o *faceta* de la influencia de la política obedece a un aspecto que va más relacionado con la ejecución de políticas públicas (política Criminal); en ocasiones, existen limitaciones a la materialización de las decisiones judiciales, y esto es debido a la falta de presupuesto para este cometido, así como implementación de decisiones normativas que condicionan la decisión de los jueces. “La pregunta sobre la independencia de los jueces está unida de manera íntima con las preguntas sobre la legitimidad y la capacidad... la pregunta sobre la independencia surge así en dos contextos: en el de la legitimidad, cuando su cuestionamiento lleva al legislativo o al ejecutivo a tomar medidas que el poder judicial entiende como mitigadoras de su independencia, y en el de la capacidad, cuando el poder judicial al carecer de autonomía

financiera y administrativa, resulta dependiendo de los otros poderes para obtener los recursos que considera adecuados para el buen desempeño de sus funciones.”⁶⁷.

El segundo *lado* o *faceta* es atinente a la influencia que el poder político posee como condicionante de las decisiones judiciales; es decir, que el primero obtiene de los segundos decisiones favorables en virtud de la influencia, favores burocráticos y mantenimiento de ciertas situaciones benéficas para aquéllos. “Hay otro problema... que no se puede eludir y está siendo soslayado en las discusiones actuales: la politización de la justicia. Hay que decirlo con absoluta claridad. Como parte del fragor y de la contienda política, es importante acceder a las posiciones del poder judicial. Porque desde allí se incide en los procesos electores y de fiscalización política y control fiscal”⁶⁸; así como prebendas económicas, entre otras; esto muchas veces es debido a que en países como Colombia existe “un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de extracción oligárquica, supo crear a lo largo de muchos años inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en el ejercicio de las funciones políticas. Esta práctica se convirtió en piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que sólo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos).”⁶⁹.

Lo anterior nos lleva a concluir, que por falta de un verdadera política criminal que mida con el mismo rasero tanto a pobres como a ricos, se cometan injusticias y condenas desiguales desde el punto de vista de la clase social a la que pertenezca el encartado en un proceso penal, pues las penas que se imponen a delitos cometidos por las personas del común son significativamente más altas que las que les imponen a los llamados “delincuentes de cuello blanco”.

⁶⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio: *El Caleidoscopio de la Justicia. Volumen I*. Pág. 87-88.

⁶⁸ MARTÍNEZ, Néstor Humberto: *Retos de la Justicia* en *Revista Política Colombiana*. Enero-Marzo. Bogotá D.C. (Colombia). Año 2010. Pág. 13.

⁶⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio: *El Caleidoscopio de la Justicia. Volumen I*. Siglo del hombre Editores. Bogotá D.C. (Colombia). 2001. Pág. 110.

Cualquier punto, modifica de una u otra forma la manera cómo un operador judicial -más si en materia penal se trata- toma decisiones de ese orden, las cuales se plasman en las sentencias en concreto, donde la norma jurídica deja de ser el criterio que influyente en dicha función.

3.3.2 Los medios de comunicación.

Uno de los fenómenos más notables dentro de la sociedad en general y del poder judicial en específico, es el que tiene que ver con la influencia de los medios de comunicación en las funciones del administrador de justicia, principalmente la de proferir decisiones jurisdiccionales, medios de comunicación como: prensa, radio, tv, redes sociales, etc.

Los medios de comunicación son hoy por hoy vistos como un *nuevo poder*, dotado del manejo y distribución de la información y de formación de opinión pública o privada (especializada). Ésta ha hecho “de él sujeto pasivo de un ejercicio de poder de dimensiones extraordinarias, por su capacidad de penetración en las esferas privadas, de condicionamiento de las actitudes y de orientación de las preferencias.”⁷⁰ Es manifiesto que no sólo maneja masas y condiciona pensamientos, sino que “vende” su Verdad a todas aquellas personas que no son más que receptores de la información que aquéllos ofrecen.

El mismo gremio que alimenta los medios de comunicación (periodistas) asegura que ellos son el *Cuarto Poder*, estableciendo en distintos escenarios de la vida del país las directrices, no sólo del pensamiento cotidiano; sino, que se han convertido en ciertos aspectos, en los coordinadores de acciones del Estado. En reciente entrevista rendida por el Periodista Fabián Guerrero de Canal Capital, relata cómo: “los medios de comunicación o los generados de opinión han sido considerados durante mucho tiempo como el cuarto poder; yo creo que hemos llegado muchas veces a ser el primer poder. Hemos asistido a casos donde a través de un medio de comunicación se ha dado órdenes que el gobierno ha ejecutado prácticamente...*No sé si ustedes recuerdan el caso del secuestro de Andrés Pastrana, y los secuestradores llaman a Caracol Radio y le*

⁷⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?* En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*. Editorial del Puerto. Buenos Aires (Argentina). 2005.Pág. 168.

dicen al director del medio en ese momento que ellos llevan secuestrado a Andrés Pastrana y que hay un retén que la Policía ha puesto a las afueras de Bogotá y que si la Policía los detiene dicen que van a matar a Pastrana. El Director hace un llamado al Director de la Policía y le dice “por favor, levanten los retenes”, y los levantaron. Ese ejemplo se sigue repitiendo; muchas veces, desde los medios de comunicación se da instrucciones que se ejecutan por el miedo a la influencia de los medios, una emisora, un periodista, un micrófono, una cámara de televisión. El periodista asiste muchas veces a escenarios que cambian dramáticamente cuando prenden una cámara de televisión o llegan periodistas.” (F. Guerrero, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013)

En ejemplos como los anteriores, se percibe que los medios de comunicación, son un poder que tiene influencia directa en las Ramas del Poder Público, principalmente en la Ejecutiva y Legislativa; así lo asegura el Senador Germán Carlosama, quien en entrevista rendida manifiesta que “los medios permiten que el pueblo se entere y que la comunidad se pronuncie; por ejemplo: el tema de la reforma de la justicia que los medios han propiciado para que la comunidad se entere y que de alguna forma haya un control político por parte del ciudadano, informan a la comunidad y el pueblo se manifiesta también ejerciendo presión frente a los estamentos.” (G. Carlosama, comunicación personal, 13 de septiembre de 2013)

La verdad que la prensa maneja no tiene limitaciones o controles, la razón es porque en estados liberales de derecho -como en Colombia- los productores y emisores de la información se escudan y justifican su actuación en el derecho a la libertad de expresión, de información, opinión y prohibición de censura.

Un poder sin limitaciones y sin controles, trae consecuencias negativas para muchas esferas sociales e institucionales que no son ajenas a la recepción de información, ya que parte de éste se entromete en la gestión del Estado. Así como se estableció, que el poder Ejecutivo y Legislativo han sido permeados por la opinión periodística, el poder judicial no está exento de tal presión.

“El resultado es que la noticia puede llegar a cumplir, incluso, y de nuevo paradójicamente, una función de encubrimiento muy parecida a la del secreto: impedir el análisis instruido de aquello que es su objeto. En consecuencia; apurando la paradoja,

cabe decir que se dan usos de la información y de la publicidad frente a los que apenas existen garantías. Y; en concreto, es claro que hay modalidades de ejercicio de ambas tanto o más lesivas que el secreto mismo, en la perspectiva del ciudadano individual sometido a proceso; que, además, inducen en el propio curso procesal gravísimas distorsiones. Es el caso de la publicidad masiva, que, como escribiera Habermas, “pierde su función crítica por una función demostrativa”; y “más que para el control de las sentencias por parte de los ciudadanos, sirve para la confección de procedimientos jurídicos de uso y consumo de la cultura de masas”⁷¹.

De lo anteriormente descrito; vemos que los medios de comunicación dejan de ser un mero emisor de información de interés público -porque lo convierten en esto- para modificar su *modus operandi* y transmitir, no sólo noticias sobre los procesos judiciales, sino conceptos especializados sobre el manejo de estos, ofreciendo soluciones al respecto, más si se tratan de controversias que involucran sujetos públicos: “La incidencia mediática en el espacio judicial se ha acentuado más todavía en ocasión de procesos seguidos contra sujetos públicos, tan frecuentes en estos años. Se trata de causas de notable trascendencia por su manera de proyectarse sobre la política en acto; en particular, por la fuerte carga de deslegitimación que arrojan sobre los afectados. Lo que puede determinar que una parte sensible de las vicisitudes de aquella se desplace ocasionalmente a la arena judicial.”⁷².

Para comprobar esta afirmación, se tomarán tres casos de relevancia nacional, en los cuales es notable la existencia de presiones sobre los operadores judiciales:

a. Caso de Luís Andrés Colmenares

El proceso penal adelantado para esclarecer la muerte del joven universitario ha estado seriamente influenciado por los medios de comunicación durante todo el tiempo en el cual se ha suscitado el debate; el pasado 27 de octubre de 2013 Caracol Radio irrumpió sus columnas de opinión con una noticia titulada “Tres años del caso Colmenares”; en

⁷¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?* Ob. Cit. Págs. 168-169.

⁷² Ob. Cit. Pág. 169.

dicha columna se afirma que “La batalla jurídica con costosos abogados y expertos en áreas forenses ha tenido de todo. Amenazas, ofensas, agresiones, insultos, sobornos y hasta problemas judiciales que relacionaron incluso con el carrusel de las audiencias, que para las partes pudo influir en algunas decisiones, sin contar con los *cambios de juzgado* que dilataron aún más el proceso”⁷³.

Lo anterior ha sido el producto de tres años en los cuales la prensa ha presionado y condicionado la directriz de las investigaciones; inclusive, poniendo en entredicho las decisiones judiciales, tal como la noticia en la cual, según la prensa, se escogió la juez de control de garantías que llevaría a cabo la audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al joven Carlos Cárdenas; la cual horas antes, había sido al parecer, visitada por el Ex Fiscal y defensor Mario Iguarán Arana. Al respecto, la noticia del 22 de octubre de 2013 emitida por el Periódico El Espectador, fue la siguiente: “Por medio de un comunicado, la jueza Carmen Aliria Gualteros Candela *rechazó las declaraciones hechas por Luis Alonso Colmenares* sobre el presunto direccionamiento de la audiencia en la que se definió la revocatoria de la medida de aseguramiento de Carlos Cárdenas Gómez”⁷⁴.

Desde sus inicios, ha sido un proceso en el cual la prensa cada mes está haciendo un balance, ofreciendo teorías del caso y conclusiones que no escapan al operador judicial; por ejemplo, en la noticia emitida por la Revista Semana el 10 de octubre de 2013, se concluye que “El juicio contra Cárdenas continuará en las próximas semanas y en las audiencias pasadas han desfilado un grupo de funcionarios del cuerpo de bomberos y agentes de policía que estuvieron en el caño El Virrey donde apareció muerto

⁷³ Caracol Radio. *Tres años del caso Colmenares*. <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/tres-anos-del-caso-colmenares/20131027/nota/2002773.aspx>. [Consulta: miércoles, 30 de octubre de 2013].

⁷⁴ Periódico El Espectador. *Jueza niega direccionamiento del caso Colmenares*. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/jueza-niega-direccionamiento-del-caso-colmenares-articulo-453778> [Consulta: miércoles 30 de octubre de 2013]

Colmenares. Todos han dicho lo que vieron allí pero ninguno ha dicho haber visto a Cárdenas en el lugar de los hechos.”⁷⁵.

El 13 de abril de 2012, la revista Semana publicó un artículo titulado “No sé con qué fin buscan desacreditarme”: juez implicada en el caso Colmenares”, el cual menciona “La última vez que se escuchó el nombre de Nury Cervera fue hace tres semanas cuando ella, la juez del caso de Aidé Acevedo y María del Pilar Gómez, acusadas de querer desviar la investigación en el proceso de Luis Andrés Colmenares, denunció que recibió amenazas del fiscal Luís González, quien lleva todo el caso del joven estudiante de los Andes, cuya muerte sigue siendo un misterio”⁷⁶. Todas esas situaciones han implicado el cambio de los operadores judiciales que han re-direccionado el proceso, los cuales han estado envueltos en amenazas, injurias, descréditos y una constante presión periodística y pública para que se condenen a los implicados.

b. Caso Rosa Elvira Cely

Otro de los procesos penales adelantados en la actualidad que ha generado polémicas y opiniones acerca de la actuación de los jueces ha sido el de Rosa Elvira Cely; mujer que fue, al parecer, sujeto pasivo de la conducta punible de Homicidio Agravado el día 24 de mayo de 2012. El 2 de junio del mismo año la Revista Semana publicó un artículo de prensa titulado “La muerte de Rosa Elvira Cely, un crimen abominable”, en el cual señala, entre otras cosas, quiénes fueron responsables por la muerte de la mujer, sin aún haberse declarado judicialmente tal afirmación: “Gracias a múltiples entrevistas y a lo que la misma Rosa alcanzó a decir al ser hallada moribunda se estableció una secuencia de hechos y quiénes son los responsables: “La madrugada del 24 de mayo de 2012 en el Parque Nacional (Bogotá) transcurrió, quizá, una de las escalofriantes noticias que se

⁷⁵ Revista Semana. *Caso Colmenares: Rifirrafe por declaraciones.* <http://www.semana.com/nacion/articulo/caso-colmenares-rifirrafe-por-declaraciones/360526-3>. [Consulta: miércoles, 30 de octubre de 2013]

1. ⁷⁶ Revista Semana. “No sé con qué fin buscan desacreditarme”: juez implicada en el caso Colmenares.

<http://www.semana.com/nacion/articulo/no-se-que-fin-buscan-desacreditarme-juez-implicada-caso-colmenares/256353-3>. [Consulta: miércoles, 30 de octubre de 2013]

hayan registrado en los últimos años en Colombia. Una mujer de nombre Rosa Elvira Cely (35 años) era violada, torturada y asesinada". Más adelante menciona que: "Javier Velasco y Mauricio Ariza", alcanzó a decir la víctima al ser auxiliada. Tras varias pesquisas de las autoridades los responsables fueron identificados: ambos estudiaban en el colegio Manuela Beltrán, en horario nocturno, aunque en un curso distinto al de Rosa"⁷⁷.

La presión de los medios de comunicación fue tal, que el señor Javier Velasco se entregó a la Policía Nacional, admitiendo culpabilidad en una de las audiencias preliminares que comportaron su proceso. Sin perjuicio de lo anterior, se observa cómo los medios de comunicación *condenan* a las personas, sin que los casos tengan su curso normal dentro de los estrados judiciales, quienes son objeto de estos juicios de valor emitidos por tal aparato generador de opinión.

c. Caso Fabio Salamanca

Otro de los hechos que ha generado inquietud en los medios de comunicación ha sido el de Fabio Salamanca; quien presuntamente embistió 2 mujeres y 1 taxista, dejando las dos primeras muertas y el último parapléjico. Sin embargo; los actores de la noticia, sin otra herramienta más que la atribución de responsabilidad sin haberse adelantado el proceso penal respectivo, son condenados por los medios de comunicación. Al respecto, el diario El Tiempo, en artículo de 30 de julio de 2013, menciona lo siguiente: "La juez 67 de garantías decidió este martes no enviar a la cárcel a Fabio Salamanca, a quien se le imputaron los delitos de homicidio en calidad de dolo eventual y lesiones personales por haber manejado en estado de embriaguez y haber arrollado un taxi. En el hecho, ocurrido el 12 de julio, murieron dos mujeres y el conductor del vehículo de servicio público quedó parapléjico. Esta decisión se conoce dos días después de que un juez enviara a Jonathan Cabrera Ortiz, de 24 años, a la cárcel La Modelo de Bogotá, como medida preventiva tras arrollar con su vehículo a un peatón cuando

⁷⁷ Revista Semana (2012). *La muerte de Rosa Elvira Cely: un crimen abominable*. <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-muerte-rosa-elvira-cely-crimen-abominable/258867-3>. [Consulta: miércoles, 30 de octubre de 2013]

conducía con grado uno de alcohol. Tal como sucedió con Salamanca, la Fiscalía le imputó a Cabrera homicidio con dolo eventual.”⁷⁸.

Como se puede observar; la prensa cuestiona las decisiones de la Juez 67 de Control de Garantías, e inclusive le pone de presente otra decisión judicial *menos grave* (debido al grado de alicoramamiento), para fungir como juez y manifestarle ante la opinión pública que su determinación fue errada.

Toda esa ola de irrespeto por las decisiones judiciales llevó a que los jueces con función de control de garantías expidieran un Comunicado a la Opinión Pública y a los medios de comunicación (31 de julio de 2013), manifestando su inconformidad con relación al irrespeto por sus decisiones, las cuales han sido desconocidas y cuestionadas por los generadores de opinión pública del país; al respecto, el documento dice lo siguiente:

“Los jueces penales del sistema penal acusatorio de la ciudad de Bogotá, en atención a las múltiples opiniones que se han suscitado en torno a las decisiones de los jueces tanto de garantías como de conocimiento en casos mal llamados de connotación nacional y en especial a las decisiones tomadas en eventos de homicidios en accidente de tránsito, consideramos necesario hacer las siguientes precisiones:

1. Las decisiones de los jueces de control de garantías no significan fallos en torno a la responsabilidad penal y en consecuencia, cuando no se impone medida de aseguramiento privativa de la libertad, no conlleva una declaratoria de absolución como imponerla, tampoco implica responsabilidad. El juicio de responsabilidad es de exclusiva competencia del juez de conocimiento y no de los medios de comunicación y de funcionarios del ejecutivo o redes sociales. (subrayados fuera del texto original).
2. Reivindicamos la autonomía e independencia de los jueces como un pilar del estado social y democrático del derecho consagrado en la constitución política de 1991.
3. Rechazamos enfáticamente el “linchamiento mediático” y las amenazas de muerte que se han proferido contra la doctora Carmen Aliria Gualteros con motivo de la

⁷⁸http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12955629.html. [Consulta: miércoles 30 de octubre de 2013]

reciente decisión donde se abstiene de imponer medida de aseguramiento reiterando, que no imponer medida, no absuelve o condena a la persona judicializada.(Subrayados fuera del texto original).

Por último, reafirmamos que en el sistema penal acusatorio las decisiones de los jueces dependen única y exclusivamente del acierto o desacierto en el cumplimiento de los deberes de las partes y la decisión se circunscribe a lo que se pida, documento y argumente en audiencia, sin que pueda tener en cuenta en ningún evento los criterios u opiniones que se ventilen por fuera de la sala de audiencia.”⁷⁹.

Con lo anterior se hace cada vez más clara la actuación permeable, falible e influenciada del juez penal, el cual intenta ser independiente y ajeno a las opiniones malintencionadas e irrespetuosas de

los medios de comunicación, pero, sin embargo, la presión es tal que los operadores judiciales han tenido que manifestarse de esta forma, puesto que la prensa ahora quiere remplazar su papel y ponerlos en contra de la opinión pública.

Todo eso, sin lugar a dudas, pone en tela de juicio las actuaciones del operador judicial, el cual no es independiente, sino un inevitable receptor de opiniones malintencionadas de la prensa, que presiona para que se acojan al punto de vista ofrecido al público. Es por ello, que al momento de proferirse una decisión judicial, el Juez ya no sabe si aplicar la norma que manda la ley como principio de la estricta legalidad, o fallar de acuerdo a lo que la opinión pública le presione a fallar, esto es, la injerencia del realismo jurídico que en la actualidad aqueja al país.

En lo atinente a la influencia de los medios de comunicación en el escenario judicial, en entrevista rendida por Víctor Mario Arango, Productor de Noticias RCN, asegura que “aunque la misma justicia tiene sus propios medios y procedimientos internos, exponer los casos ante los medios de comunicación, si se ejerce una presión social para que los

⁷⁹ Portal Rama Judicial. Comunicado de Jueces.

<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/publicaciones/index/categoria/412/NOTICIAS---PALOQUEMAO>. [Consulta: domingo, 20 de octubre de 2013]

actores judiciales tomen una decisión para que la rectifiquen o aumenten las penas.” (V.M. Arango, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013)

Este fenómeno de intromisión en la decisión del Juez es más notable en procesos que utilizan la metodología de la *Audiencia Pública* como el proceso penal de tendencia acusatoria de la ley 906 de 2004; porque en tiempo real, la prensa está informando al público y a su modo de ver lo que pasa con el[los] proceso[s] que ha[n] seleccionado y así emitir sus conceptos sobre el caso, sus previsiones de alabanza o repudio del Juez respecto a las decisiones que profiere; esto trae consigo una creciente influencia que afecta las decisiones emitidas por el operador judicial, el cual no escapa a noticias con opiniones que acusan y condenan anticipadamente -en la mayoría de veces- procesados a su cargo, y pocas que justifican su actuar; es decir, de “datos inculpatorios [o de justificación] desde los medios de comunicación hacia el juzgado.”⁸⁰. De acuerdo con la misma entrevista entregada por Víctor Mario Arango, esto sucede porque “*los jueces cuando ven que hay un medio de comunicación y una comunidad que los está observando, se sienten, creo yo, como cualquier ser humano, un poco más responsable y con la decisión que deben tomar.*” (V.M. Arango, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013).

Todos estos factores inciden en la actuación decisoria del Juez, quien temeroso al repudio de los medios de comunicación por una decisión adversa a la prevista por este último, opta por *absorber* la Verdad vendida por la prensa. Sin embargo; no toda influencia de los medios de comunicación es nociva para la administración de justicia, pues hay eventos en los cuales contribuyen a que algunos delitos no queden en la impunidad; lo que no se puede comulgar con ellos, es la intromisión en la toma de posibles decisiones e incluso inmiscuirse en la cantidad de pena que deba imponerse.

Por otro lado las coyunturas también son factores que modifican la forma cómo el operador judicial adelanta sus casos y ofrece soluciones, ya imbuidas o presionadas, que en realidad, constituyen otros puntos importantes que reflejan la intervención de la corriente del realismo jurídico en el proceso penal de tendencia acusatoria.

⁸⁰IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?* Ob. Cit. Pág. 171.

4. Aplicación de la realidad presente en el pensamiento del juez penal en Colombia

Al interior del pensamiento jurídico se ha hecho un esbozo sobre la función de los jueces, queriendo mostrar o al menos, remitir la función de adopción de decisiones judiciales como el producto de racionalidad del juez o de la aplicación de la técnica de adecuación - subsunción de preceptos legales-.

Seria magnifico que ese pensamiento, consistente en la realización de decisiones judiciales con base en planteamientos racionales y lógicos de aplicación de la ley por parte de los jueces Colombianos se mantuviera puro y apartado de todo factor distinto al propio del razonamiento lógico; infortunadamente la realidad de la Administración de Justicia, nos ha mostrado situaciones distintas, ya que hoy en día los jueces (no en su generalidad) tienden a alejarse de dicho pensamiento al verse afectados de algunos factores externos e internos que no deberían influir en una eventual decisión.

Partamos de la idea de cómo se concibe el juez: en primera medida, es el vehículo mediante el cual la ley es aplicada, pero que a la luz de la realidad social, política, etc., es un ser humano que la maneja, un hombre que por su misma condición no puede ser ajeno a los males y debilidades propias de su interacción con la sociedad y de su propio raciocinio; y es precisamente esa interacción con la realidad, la que lo afecta al momento de emitir una sentencia, bien absolutoria, o bien condenatoria.

Lo anterior es tomado por los realistas para sus teorías y así determinar que la racionalidad legal no es la única que influye en el momento de tomar una decisión de carácter judicial, estando de igual forma presentes otros factores, ya sean sociales, psicológicos, políticos, etc., que en ultimas hacen parte de la realidad en la que el administrador de justicia se encuentra. Queriendo significar con lo anterior, que la

corriente del realismo jurídico se debe aplicar para garantizar la eficacia del derecho, por encima de la validez.

4.1. Injerencia de la corriente del realismo jurídico en el Sistema Penal Colombiano.

“Las normas jurídicas no poseen ni siquiera realidad, ya que los jueces, aunque se sirven de proposiciones verbales pre-existentes, de hecho deciden en base a reglas formuladas por ellos mismos en vista de la utilidad social que ellos entienden de modo personal”.⁸¹. Esto es perfectamente aplicable, cuando se busca esclarecer la verdad procesal emitiendo juicios de valor al momento de emitir el fallo, pero reiterando, buscando la utilidad para la sociedad; es decir, velando por que la sentencia que ellos emiten sea útil, eficaz, pero en todo caso dentro del margen de lo legal.

Con base en lo estudiado en los capítulos anteriores, veremos si efectivamente la Decisión del Juez de la ley 906 de 2004 está influenciado por factores externos e internos que están presentes en la actividad de administrar justicia. Cuando se implementó el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, no se previó por parte de los legisladores o del Congreso de la República las medidas de infraestructura y capacitación del personal (Jueces) que proferiría los fallos dentro del marco de la aplicación de la norma adjetiva.

La primera falla inmediata que presentaba este novedoso sistema de enjuiciamiento, fue la falta de una infraestructura adecuada, compuesta por las Salas de Audiencias dotadas de la tecnología suficiente y eficaz para garantizar el desarrollo de la metodología, puesto que durante el cambio de lo escrito a la oralidad, era necesario que se dejara constancia en medios magnéticos lo actuado por las partes y el fallador.

Así fue, como el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue diseñado para ser más efectivo en cuanto al tiempo de fallar desde la concepción de la noticia criminal, dejando atrás, un viejo sistema congestionado y saturado de papelería que lo hacía obsoleto y así dar paso a un sistema moderno y ágil en la resolución de los conflictos.

⁸¹ FASSO, Guido. Historia de la filosofía del derecho. Tomo III. Ed. pirámide. Madrid. 1982. Pag. 240

Sin embargo, no se tuvo en cuenta que al pretender ser más ágiles con la toma de decisiones no se contaba con los medios adecuados en lo que a infraestructura se refiere; a tal punto, que en la actualidad solo en las grandes ciudades se puede ver una infraestructura física más o menos acorde al nuevo sistema.

El otro aspecto que no se tuvo en cuenta al entrar en vigencia el nuevo sistema de tendencia acusatoria fue el talento humano; pues se requería de un personal nuevo como nuevo era el sistema, es decir, se cometió el error de seguir con los mismos jueces de conocimiento de la ley 600 de 2000, con unas precarias inducciones de actualización al nuevo sistema, que aun en la actualidad afecta las decisiones tomadas en los procesos penales, al punto de mezclar en varios fallos dos sistemas procesales excluyentes.

Si bien es cierto, que desde la implementación del nuevo sistema se discutió acerca de las características del mismo, hasta el punto que se habló de “un sistema penal de tendencia acusatorio a la Colombiana”; también es cierto que podemos entonces hablar de una corriente ius-filosófica como lo es el “Realismo Jurídico a la Colombiana”. Diferente de las dos corrientes tradicionales -*ius-naturalismo* y *ius-positivismo*-; y por supuesto, no acorde con las corrientes puras del realismo jurídico.

Sí lo proclamado por el realismo jurídico es la incompatibilidad de la norma con la función decisoria; esta última basada en la eficacia que produzcan tales decisiones, también lo es que en Colombia esta corriente, al parecer, influye en la toma de esas determinaciones; pero no en la forma que tal corriente pregona, por un lado porque esta corriente defiende la eficacia por encima de la validez, y por otro porque los factores que influyen en los Jueces Colombianos no garantizan tal eficacia.

Se dijo en capítulos anteriores que grupos al margen de la ley e incluso los legalmente constituidos influenciaban en las decisiones de los Jueces; quiere decir esto que tal influencia se puede ver como negativa; pues una cosa es que el Juez al momento de fallar se aparte de la norma bajo el pretexto de aplicar una corriente realista y apartarse de la validez para garantizar la eficacia; y otra muy diferente es, que se aparte para tomar decisiones bajo presión o amenazas que ejercen dichos grupos y que no garantiza, desde luego, ni la validez de la norma y mucho menos su eficacia.

En los términos del Realismo Jurídico Escandinavo, cuando se pretende conjugar la validez con la eficacia, se falla de una u otra forma en derecho y bajo el criterio de la discrecionalidad judicial; pero cuando se falla por la influencia de los factores externos - guerrillas, paramilitares, bandas criminales, etc.-, o internos -personales, psicológicos, enfermedades, ideologías, etc.- o coyunturales -políticos, medios de comunicación, redes sociales-; se cae en la arbitrariedad judicial o en cualquier otra forma, que lo último que garantiza es la validez o la eficacia del derecho.

Por otro lado, Colombia padece de una realidad inducida por poderes que están por fuera del Sistema Constitucional, y es precisamente el que está en cabeza de los medios de comunicación, pues estos se han convertido en el mayor factor de Influencia y presión para que los jueces fallen más para una opinión creada que para la finalidad sustancial buscada -debido proceso-, sobre todo si los casos puestos de presente a la opinión pública son considerados *trascendentales* a nivel social; así lo ha manifestado en reciente entrevista rendida por la periodista Milena Morales de la Sección Judicial del Canal City TV; al decir, que: *“Los medios de comunicación ejercen un punto de tensión frente a algunos casos que pueda ser algia, trátese del tema que se trate. No podría decir si los jueces se sienten o no con miedo, pero los medios de comunicación juegan un papel importante frente al esclarecimiento de los hechos, presentado pruebas, de pronto entrevistas con personajes que los organismos de control, al principio no deciden llamarlo a investigación, y un medio de comunicación lo sacan antes”*. (M. Morales, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013).

Así vemos, leemos o escuchamos a diario las opiniones de periodistas, que en un afán de transmitir una noticia, perjudican al sistema, pues una vez resuena un caso específico, ya no le es posible al Juez de conocimiento decidir o fallar conforme a los postulados de la sana crítica; sino, por aquello que crea que es más conveniente para el público en general, con el temor de equivocarse o no y caer en el escarnio público y decide bajo las condiciones descritas. Nótese que en la entrevista realizada la periodista se atreve a decir que incluso presentan pruebas, siendo esto de exclusiva competencia de las partes procesales.

Los periodistas creen que existe una crisis de la Administración de Justicia y por ello se han abrogado la tarea de “presionar” para que los operadores judiciales actúen como

ellos creen que deben actuar; esto se puede concluir de la entrevista rendida por John Contreras, comunicador social y periodista de la Cadena Colmundo; en la que afirma que: *“muchas veces la justicia tiene sus falencias y puede que haya casos que no se traten como debe ser y por ellos las personas se ven avocadas a acudir a dichos medios”* (J. Contreras, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013). Es tan evidente la presión e injerencia de los medios que inclusive, en entrevistas como la rendida por la periodista Milena Morales, se ha aseverado que “el hecho que un medio de comunicación enfatice en un tema o no, es relevante para que un organismo de control tenga bases o herramientas para que puedan esclarecer el hecho, argumentos para que puedan llamar a alguien a atestiguar, en eso sí ayuda. Hay otros sucesos donde los medios son exhaustivos para llevar al centro la información o para interés propio.” (M. Morales, comunicación personal, 18 de septiembre de 2013).

Por otro lado un caso concreto puede fallarse de manera distinta en Colombia dependiendo la zona de influencia militar en la que predomine organizaciones guerrilleras o paramilitares, por traer a colación solo dos grupos, pues un territorio influenciado por uno u otro, con ideologías diferentes y con la metodología de justicia por su propia mano; se convierte en el escenario perfecto para que los Jueces de cada lugar se sientan intimidados y decidan los procesos de conformidad con las convicciones mencionadas.

Aquí de nada vale la poca o mucha pericia que el Juez de conocimiento tenga del nuevo sistema de tendencia acusatoria, que en muchas ocasiones se tiene que apartar de la norma para fallar de acuerdo a los ideales del sistema normativo; puesto que lo que prima en muchos territorios Colombianos con esa serie de características es, el mantenimiento de la vida y la integridad personal.

Esa es la Realidad Jurídica que en la actualidad ostentamos; pues la problemática nacional y los conflictos internos hacen la diferencia con cualquier otro Estado con el que se quiera comparar a Colombia y no es que seamos los únicos con esa clase de problemas, pero sí padecemos problemas de orden público importantes, en los que los grupos legales e ilegales presionan y condicionan las decisiones del Juez penal de la ley 906 de 2004.

En consecuencia, su decisión se aparta del sistema normativo y termina basándose en convicciones personales y en lo que creen es el derecho a aplicar; de no ser así, no serían revocadas muchas sentencias bien sea condenatorias ora absolutorias, por medio de los recursos ordinarios o extraordinarios; mucho menos habría la posibilidad de dejar sin efectos, sentencias judiciales por la vía de la Tutela, por considerarlas verdaderas vías de hecho.

4.2. Perjuicios de la presencia de la corriente realista en el Sistema Penal Colombiano

Todos los Estados de corte democrático tienen como uno de sus fines la búsqueda de la seguridad jurídica: “La seguridad jurídica y la autonomía e independencia judiciales son principios fundantes de los Estados democráticos, pero no pueden ser empleados para blindar decisiones exclusivamente basadas en el capricho, en la saliente negligencia o en la arbitrariedad de los jueces. En el Estado de Derecho, las actuaciones de las autoridades públicas deben permanecer dentro de los rangos de juridicidad establecidos por la Constitución y las leyes, de modo que la seguridad jurídica y la autonomía e independencia judiciales deben servir de refuerzo de la legalidad y no, como algunos lo pretenden, erigirse en hitos para el desconocimiento de ésta”.⁸² Por ello la seguridad jurídica, al mostrarse dentro de nuestro ámbito como uno de los fines de nuestro ordenamiento jurídico resulta fundamental, y con base en ella, el reconocimiento de derechos fundamentales y garantías adjetivas y sustanciales no pueden ser desconocidas de forma arbitraria; pues en este evento se convierte en un perjuicio el que los operadores judiciales; al momento de emitir sus fallos, no lo hagan con base en un debido proceso, respetando las mínimas garantías fundamentales de las personas.

Cuando hablamos de la arbitrariedad en capítulos anteriores; nos referíamos precisamente a los fallos que los jueces dictan por mero capricho; bien por voluntad propia o por la injerencia de los factores que hemos mencionado. Sin embargo, encontramos una consecuencia de las decisiones judiciales arbitrarias que generan el contraste rose con el principio de legalidad y es lo que se conoce como *inseguridad*

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: sentencia T-359 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

jurídica. El hecho que las instituciones encargadas de decidir no ofrezcan soluciones acordes con el ordenamiento jurídico, acarrea como consecuencia la zozobra con respecto a qué tipo de decisiones afectarán al conglomerado social. Lo dicho no se aparta de la realidad que comporta cuando se crea la jurisprudencia; la cual es permeada de circunstancias que afectan al administrador de justicia cuando necesita acogerse a ella en decisiones judiciales; y se convierte en: “Una jurisprudencia carente en absoluto de uniformidad o una jurisprudencia inalterable y con manifestaciones de inseguridad jurídica, y por tanto, contrarias al Estado de Derecho”.⁸³. Al Operador judicial, pero en especial al Juez de la ley 906 de 2004, le fue encomendada una tarea o función fundamental consistente en “resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.”⁸⁴

Con la injerencia de factores externos o internos en la decisión del Juez penal en el asunto que nos ocupa, se llega al término “desconocimiento inducido”; que ha sido introducido con base en el siguiente razonamiento: al ser una de las tareas del Juez la consistente en resolver situaciones conforme a los principios y garantías que orientan el ejercicio de su función; la mencionada labor no se está llevando en la realidad existente, por cuanto la sentencia judicial que emite el Juez del conocimiento de la ley 906 de 2004 está permeada, -entre otros aspectos expuestos con anterioridad- por el factor *estrés*.

Así, el juez puede pasar por alto los principios y las reglas que orientan la emisión de la sentencia, pero esto puede ser también por la influencia de alguna clase de estrés, del estrés laboral crónico que pueda padecer y en consecuencia se toma una decisión alejada de los parámetros que rigen la seguridad jurídica y con ello se hace evidente la afectación de garantías fundamentales que rigen la actividad procesal y que protegen al usuario sobre el que recae tal decisión. “El Estrés puede causar insatisfacción. El estrés laboral causa insatisfacción con el trabajo. De hecho esta insatisfacción es “el efecto

⁸³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza (Argentina). 2001. Pág. 33.

⁸⁴ Numeral 2, Artículo 138, ley 906 de 2004.

psicológico más simple y más obvio” del estrés.⁸⁵ Pero el estrés también se expresa en otros estados psicológicos; por ejemplo, tensión, ansiedad, irritabilidad, aburrimiento y demoras.

“Las evidencias indican que, cuando las personas ocupan puestos que les imponen demandas numerosas y contradictorias o en las que falta claridad sobre los deberes, autoridad y responsabilidades del trabajo, aumentan el estrés y la insatisfacción. Del mismo modo, cuanto menos control tienen las personas sobre el ritmo de su trabajo, mayores son su insatisfacción y su estrés.”⁸⁶.

Uno de los postulados que defiende el paradigma del estado de derecho consiste en la seguridad que debe brindar su ordenamiento jurídico válido. La creación de una certeza colectiva respecto de las normas que nos rigen es lo que busca la *seguridad jurídica*. Así, la seguridad jurídica debe caracterizarse por su objetividad, frente al componente subjetivo de la “certeza jurídica”. Por otro lado; cuando faltan estos componentes, propios del estado de derecho, se suscita lo que conocemos como *inseguridad jurídica*: “La falta de certeza afecta a la misma esencia de la libertad, pues para poder elegir entre las distintas posibilidades que se ofrecen a la persona para su realización, tiene que existir la confianza de que cualquier otra opción podrá desarrollarse plenamente”.⁸⁷ Esto es lo que sucede a falta de la seguridad jurídica; la sentencia como una norma jurídica más, debería salvaguardarla al momento en que el operador judicial se encargue de elaborarla, pero no es así.

En ese sentido, una de las consecuencias y la más importante que se ve reflejada en Colombia, en aquellas regiones o partes del Territorio donde influyen los factores mencionados, es la inseguridad jurídica, y esto lo vemos más los abogados litigantes que el común de la gente, pues en aquellos escenarios donde desarrollamos nuestra labor, nos vemos impedidos de hacer actuaciones procesales importantes para los intereses de

⁸⁵ B.D. Steffy y J.W. Jones: *Worldplace stress and indicators of coronary-Disease Risk*. Pág. 687, citado en P. ROBINS, Stephen: *Comportamiento organizacional*. Editorial Pearson Educación de México. Décima Edición. Año 2004. Pág. 582.

⁸⁶ P. ROBINS, Stephen: *Ob. Cit.* Pág. 582.

⁸⁷ MAGARIÑOS BLANCO, V.: *La seguridad jurídica y el estado de derecho en España*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla (España). 1993. Pág. 35. En ÁNGELES GALEANA, Saura: *Ob. Cit.* Pág. 95.

los procesados, pues los jueces están fallando más por convicción propia que por los postulados de la sana crítica.

Pongamos el ejemplo de un Juez al que le acaben de hurtar el celular dirigiéndose precisamente a su lugar de trabajo; y precisamente le toca decidir sobre un caso similar puesto en su conocimiento. ¿Cuál se creería que es su decisión? Indudablemente de carácter condenatorio y con los máximos años posibles de condena, obviamente sin ninguna clase de beneficios por cuanto se asemeja que al que está condenando es el mismo que instantes antes le hurtara el celular. Y así, en innumerables ejemplos de violaciones, homicidios, etc., en donde el fallador de una u otra forma haya pasado por una situación similar.

Podemos ver, como la influencia de la corriente del realismo jurídico a la Colombiana, en lo referente a aquellos factores de carácter externo o interno se refiere, perjudica el ordenamiento jurídico, más específicamente en su área penal; pues ésta a diferencia de las otras ramas del derecho –civil, comercial, agrario, etc.- en la actualidad es la que se implementa bajo el sistema de la oralidad.

Y es precisamente lo que diferencia en mayor medida la injerencia de la corriente del realismo jurídico; pues en cuanto a los factores estudiados que intervienen en la toma de las decisiones por parte de los jueces Colombianos, es en la rama penal en la que más se observa, pues por su carácter de oral, se ve integrada con el público; son los jueces penales los que tienen que dar directamente la cara a los procesados, a los abogados, a los intervinientes y al público en general; por ello se ven sometidos al escrutinio de toda clase de público, a ser juzgados por las actuaciones y las decisiones que tomen.

Debido a la injerencia de los factores externos e internos que se han venido mencionando, en especial por la injerencia de la justicia mediática, los jueces Colombianos fallan más por el agrado, el desacuerdo o la aprobación de sus actuaciones, que por lo que el principio de la sana crítica les otorga basados en los postulados de la buena fe. Es así; que hoy en día la mayoría de las audiencias –por lo menos las que son de connotación nacional- son realizadas en reserva; para evitar la

intromisión por los menos, de uno de los factores que en lo urbano más sucede y que son los medios de comunicación.

Todas estas situaciones que inciden en la toma de decisiones, enmarcados dentro de la corriente del realismo jurídico a la colombiana, inciden negativamente en la toma de decisiones por parte del Juez penal en Colombia, creando de paso una ineficacia en la aplicación del derecho y su consecuente inseguridad jurídica con perjuicio de los asociados; apartándose en todo caso del principio de validez y de eficacia, para caer en la arbitrariedad.

5. Conclusiones

Si bien es cierto que la corriente del realismo jurídico plantea una nueva alternativa al viejo conflicto entre el *ius naturalismo* y el *ius positivismo*, basándose más en la eficacia de la norma que en su validez, también es cierto que esta corriente, al igual que las anteriores, no es completa ni mecho menos perfecta, pues no puede llegarse a garantizar una eficacia a cualquier precio; siendo lo valido o la validez de suma importancia, pues en ello radican los parámetros de la misma eficacia -pues considero no puede ser eficaz lo que no es válido-.

En Colombia no somos del todo ajenos a esta corriente; sin embargo, como se expuso, Colombia no es un Estado homogéneo en la aplicación de la ley, porque como se evidenció con anterioridad, estamos en medio de un conflicto armado, donde en unas zonas existe influencia de fuerzas paramilitares, en otras fuerzas guerrilleras, en otras las denominadas BACRIM, sin dejar de lado la misma influencia de los agentes del Estado, siendo esto realidades que encuadran en la aplicación de la corriente del realismo jurídico diseñado para nuestra propia cotidianidad.

Sería posible la implementación de esta corriente en Colombia, siempre y cuando los operadores judiciales gozaran de una verdadera independencia de funciones, donde se garantice el libre desarrollo de su gestión y donde la capacitación de los mismos sea acorde a la realidad que vivimos.

La consecuencia que se desprende de toda la investigación es, en efecto, la existencia de la influencia de la corriente del realismo jurídico dentro de la actividad judicial, reflejada en una serie de factores externos e internos que, sin perjuicio de tener sus ventajas teóricas o materiales en el contexto planteado, también plantean serias problemáticas como la situación de la inseguridad jurídica. Esta realidad en la interpretación, aplicación y creación normativas desconoce uno de los fines del estado de

derecho y es la generación de confianza en las instituciones a partir del cumplimiento y de la actuación de un ordenamiento jurídico que si bien no es completo, ostenta coherencia y es –en principio- sistemático, el cual es acatado por la sociedad receptora (seguridad jurídica); cuando sucede el efecto contrario y se pierde esta finalidad se crea el escenario adverso a las finalidades puestas de presente.

Esta problemática se presenta en las instituciones que componen el Estado, pero la más importante y en la que se basó el presente estudio fue, en general, la conformada por los jueces y en específico los operadores judiciales del sistema procesal implementado mediante la ley 906 de 2004, en el que encontramos cómo las decisiones de este tipo han sido permeadas por una serie de factores que traen como consecuencia –sin perjuicio de notables avances y ventajas- la afectación a la seguridad jurídica de uno de los modelos de Estado adoptado por Colombia como es el del Estado de Derecho.

Esta serie de fenómenos acarrearán el nacimiento de situaciones nocivas -como se observó en los capítulos precedentes- para las partes e intervinientes procesales, pero con énfasis en la persona del procesado. Por otro lado, la seguridad jurídica, como uno de los fines a proteger por parte del modelo de Estado, se ve seriamente afectada por tales decisiones, que en el fondo se puede resumir como el olvido del garantismo penal de manera inducida, no por el capricho del Juez, sino por condiciones que comprometen seriamente sus funciones y finalidades encomendadas.

Si bien, la ciencia jurídica no prevé únicamente el aspecto normativo no significa que el ordenamiento formal y material existente así como la dinámica que compone la actividad misma del Juez sean dejados a un lado por realidades externas e internas que influyen en la función judicial, con mucha más preocupación si es en materia penal, puesto que para la persona del procesado la consecuencia jurídica a imponer probablemente es la de la pena o medida de seguridad, según sea el caso.

Recordar la idea del garantismo penal nos hace recapitular en la importancia de los límites del derecho penal subjetivo o *ius-puniendi*, y esta salvaguarda de los derechos humanos se traduce en bienes jurídicamente protegidos, los cuales provienen, desde el plano individual hasta el plano colectivo. Pero la idea fundamental que esta corriente crítica del derecho penal tiene su énfasis en la persona del procesado –según se llame-,

a lo largo del proceso en el que está vinculado, hasta la eventual imposición de la pena y vigilancia de su implementación y cumplimiento, debido a que esta última consiste en la disminución de derechos fundamentales, como los de la libertad, integridad, vida, etc. Es por esto que cuando tenemos esta situación tan peligrosa para los derechos del sujeto en comento es necesario promover una mirada crítica hacia las actuaciones del juez y los factores que incluyen en éstas.

Los hallazgos encontrados a lo largo de esta investigación; utilizados cuidadosamente, me permiten inferir, de acuerdo al choque con la finalidad de los sistemas procesales como el nuestro, que se exigen una serie de reformas que van desde lo estructural, hasta lo material y que su ámbito de aplicación debe hacer énfasis en el operador judicial, en su función decisoria, y que hoy se rescatan, a manera de conclusión, mediante propuestas que podrían mejorar la implementación y el progreso del proceso penal de tendencia acusatoria establecido en la ley 906 de 2004.

A partir de esta realidad develada; la Constitución colombiana establece la forma cómo los jueces deben direccionar sus actuaciones, manejar el ordenamiento sustancial y procesal, respetar las formas de cada juicio⁸⁸ y su sometimiento al ordenamiento jurídico⁸⁹, otorgándoles independencia, así como la implementación de sistemas de valoración procesal y probatoria de amplio espectro de actuación; por lo tanto, tales reformas podrían ser:

a. Reformas Estructurales

Este tipo de reformas consisten en una serie de modificaciones en aspectos que hacen parte de la estructura misma del sistema procesal penal ya señalado con anterioridad (ley 906 de 2004), cuya repercusión incide directamente en la facultad decisoria del Juez, pero principalmente apuntando a la imparcialidad y a una mayor objetividad.

No se hablará de todos los reparos que se podrían realizar a la estructura del proceso penal de la ley 906 de 2004, pero sí de aquéllos que afectan directamente a la capacidad

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Art. 29.

⁸⁹ *Ob. Cit.* Art. 230.

decisoria del juez penal, las cuales vinculan factores internos como conocimientos propios, limitándolos, con la finalidad de priorizar la aplicación de las herramientas contenidas en la ley sustancial y procesal, sin perjuicio del sistema de valoración aplicable, el cual es el de la sana crítica:

Obsérvese cómo la etapa del Juicio inicia con la presentación del escrito de Acusación ante el Juez de Conocimiento⁹⁰, y acto seguido este último convoca a Audiencia de Formulación de Acusación⁹¹, exenta de controles materiales y exenta de dialéctica, característico de un sistema autoritario, ya que el manejo de una sola teoría del caso produce asunción de posición tempranas para un juez de conocimiento que asume el adelantamiento del juicio oral pero que también conoce de etapas que son preparatorias a su verdadera función de juzgamiento.

Para evitar el acaecimiento de este defecto estructural que afecta la decisión judicial con base en el prejuicio creado a raíz de un solo planteamiento dilucidado en la Audiencia de Formulación de Acusación, se proponen las siguientes soluciones:

- 1) *La creación de un Juez para el adelantamiento de las audiencias de acusación y preparatoria.* Con esta primera solución se rescata la idea de sistemas como el italiano, en el que el Juez de las audiencias de acusación y preparatoria no es el mismo que juzga; la idea es que conozca, en igualdad de condiciones, las distintas teorías del caso que se hacen expresas en la audiencia de juicio oral, donde es el verdadero proceso; esto se logra mediante la creación de unos jueces que conozcan etapas preparatorias al juicio oral.

Para el desarrollo de esa propuesta se sugiere la creación de un Juez Especializado que se encargue de adelantar esas etapas; por otro lado, se propone que dichas funciones sean asumidas por el Juez de Control de

⁹⁰Art. 336, ley 906 de 2004, dice así: “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”

⁹¹Art. 338, ley 906 de 2004, dice así: “CITACIÓN. Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación. A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier recinto público idóneo.”

Garantías. Sin embargo; recargar a los últimos funcionarios, contribuiría a una inevitable alza en su labor, un eventual represamiento de procesos y otras situaciones como el estrés laboral; por ello, sería una buena herramienta la de pensar en la creación de una nueva categoría de juez dentro del sistema para que se encargue de adelantar las audiencias mencionadas. Con esto; se afianza aún más la imparcialidad del Juez de conocimiento, se reduciría la congestión y también se evita la asunción de juicios en etapas procesales no aptas para tal fin y con posibles repercusiones en las resultas de un proceso determinado.

- 2) *Creación Legal e implementación del jurado de conciencia.* Con la inclusión de un sistema de tendencia acusatoria en el proceso penal, en realidad nos volvemos a la idea y consideración de un jurado de conciencia, encargado de suplir la función decisoria del Juez (art. 116, C.N.). Con esto se suprime esta capacidad –para algunos delitos- en manos de este último sujeto y pasa a ser un coordinador que maneja la etapa del juicio, el cual, de ninguna forma influiría en la decisión del órgano colegiado y velaría únicamente por los aspectos procesales de la mencionada etapa. En la Constitución Política de Colombia está instituido el Jurado de Conciencia⁹², pero desde la implementación del Acto Legislativo 03 de 2002 no ha sido desarrollado por la ley.

b. Reformas Anti-coyunturales

Este tipo de modificaciones tienen su razón de ser a raíz de lo que se llamó con anterioridad *justicia coyuntural* y la idea principal es la de evitar todas esas reformas que tienen su fuente en ciertos eventos de dicha categoría que aparecen en la dinámica

⁹²Constitución Política de Colombia, Art. 116: “. [Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:](#) La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

social y que tienen influencia en el ambiente judicial, y que sin estudios serios son implementadas súbitamente. En anteriores capítulos se analizó la forma de cómo la denominada *justicia coyuntural* aparece mediante la creación e implementación de reformas que nacen por situaciones fácticas repentinas, que se vuelven importantes muy rápidamente y se reflejan en reformas legales de aplicación judicial o administrativa.

El problema de adoptar decisiones sobre situaciones coyunturales es la aparición de una serie de peligros que van desde la desnaturalización y desconocimiento de ciertas instituciones procesales de importancia, perjuicios para las partes procesales, principalmente del procesado, hasta la afectación de la función decisional del juez. Por lo anterior; la idea de una reforma en contra de imposiciones coyunturales evita las decisiones judiciales de este tipo, así como la asunción de controles para la implementación de reformas serias, fundamentadas y estudiadas que perduren y no afecten a los demás usuarios del sistema procesal de tendencia acusatoria promovido mediante la ley 906 de 2004; se sugiere:

- 1) *Reformas político-criminales y conformes a la realidad judicial.* Las reformas legislativas de Colombia; están caracterizadas por ser apresuradas y no ostentan un verdadero estudio previo, serio, no consecencial con el análisis juicioso y razonable de los fenómenos delincuenciales existentes; así como los que aparecen repentinamente en el camino (coyunturales); la razón de esta propuesta es que en Colombia no existe una política criminal seria, esta es improvisada y politizada: “la política criminal en Colombia: que ésta es tan confusa y variable, que en la práctica es inexistente. Con base en estas apreciaciones, se ha vuelto de uso corriente la afirmación de que la política punitiva colombiana es reactiva y carente de toda estrategia, pues el gobierno, secundado por el Congreso, se limita a reaccionar improvisadamente frente a los problemas y emergencias del momento. Aunque esta forma de razonamiento tiene algo de cierto -basta ver la cantidad de reformas penales que se aprueban cada año-, no presenta el problema en toda su dimensión.”⁹³.

⁹³ITURRALDE, Manuel: *Política Criminal inequitativa y desorganizada*. Revista Semana; reportaje 27 de marzo de 2008. Recurso periodístico obtenido en la página Web: <http://www.semana.com/opinion/articulo/politica-criminal-inequitativa-politizada/91792-3>

Una política criminal se encarga de la creación e implementación de mecanismos tendientes al tratamiento del fenómeno del *delito*; para ello, realiza estudios, investigaciones que buscan establecer qué conductas merecen tratamiento delictual y cuáles no, cuáles merecen tratamiento punitivo y qué otras merecen tratamientos preventivos o pedagógicos, sin descuidar los derechos fundamentales que protegen a los procesados. En Colombia esto no existe y, por el contrario, se observa un Congreso que, en vista del crecimiento de problemáticas nuevas y recientes, el tratamiento obvio y previsible es la creación de tipos penales y un alza indiscriminada del quantum punitivo en las penas de las conductas ya reguladas. El ejemplo más fehaciente –y no es el único- es tratamiento de los delitos cometidos contra los niños, niñas y adolescentes: la coyuntura es la creciente proliferación de las conductas punibles en contra de esta población, pero la única solución para el legislativo, al parecer es la apresurada alza en las penas y el resultado es un alza en las conductas delictuales mencionadas así como el recorte inconstitucional de garantías en contra de los procesados.

Realidades como las mencionadas anteriormente, han sido implementadas como las únicas medidas o la única solución, que no han sido fruto de una política criminal–como se explicó con anterioridad- sino de la idea apresurada de uno o dos colegiados legislativos, sin estudios previos de política criminal y tratamiento adecuado del fenómeno. Por el contrario, lo que se ha presentado es una reducción en las garantías de los procesados (aumento de penas, hacinamientos en las cárceles sin solución) y el delito sigue en constante crecimiento; por ende, los jueces se ven abocados a aplicar esta clase de reformas, pues es la función encomendada.

La idea de la política criminal es de minimizar el impacto del delito sin limitar garantías procesales de los implicados defendidas en la Constitución Nacional. Si es así, los operadores judiciales aplicarían normas más fundamentadas y garantistas, pues la misma norma debe ser un reflejo de los derechos defendidos por la Constitución, un reflejo de la función judicial y del fin de la Administración adecuada de Justicia.

- 2) *¿Reformas apartadas de las decisiones de la Corte Constitucional?* Este organismo ha sido creado y establecido en el artículo 241 de la Constitución Nacional como defensor de la norma mencionada. Sin embargo ha desconocido tal labor en el sentido que desde la sentencia C-109 de 1995 se ha abrogado la facultad de creador de normas jurídicas, de creador de interpretaciones que no se pueden desprender de la Carta Política, dándole el carácter de *obligatorio cumplimiento* a sus decisiones, introduciendo retazos de sistemas judiciales que son abiertamente incompatibles con el existente en nuestro territorio; por ejemplo: con la sentencia S.U. 047 de 1999, se introdujo la obligatoriedad del precedente judicial (*Common Law*) y la *ratio decidendi*, en este país que ostenta un sistema de tradición continental europeo.

En materia procesal penal se han introducido reformas supremamente gravosas que modificaron el sistema, como por ejemplo, la generación de desequilibrio entre las partes e intervinientes a favor del ente acusador y en contra del procesado, desconociéndose garantías del debido proceso, y estas doctrinas equivocadas se ven reflejadas en las actuaciones de los jueces penales, quienes se ven abocados a aplicarlas: por ejemplo, en las sentencias C-209 y C-1154, ambas de 2007, la Corte Constitucional realizó modificación del papel de las víctimas dentro del proceso penal de la ley 906 de 2004, que pasó de ser un interviniente –como debería ser- a ser una parte. Con esto se desconoce, principalmente –para no mencionar otros aspectos-, la finalidad del proceso penal, la cual es la de la aplicación del *ius-puniendi*⁹⁴ bajo la humanización del

⁹⁴Existe muchas definiciones que develan la búsqueda de esta finalidad dentro del proceso penal: en FERNÁNDEZ, Whanda: *Sistemas Penales de Juzgamiento; Ediciones del Profesional Ltda.*; Bogotá D.C. 2001, se citan una serie de citas en las que todas confluyen en la idea que la finalidad del proceso es la de la imposición de la pena bajo el respeto de la garantías del procesado: “En un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse únicamente con la aplicación del *juspuniendi*, en virtud de que su destino es también el de proclamar la garantía de la libertad del ciudadano inocente: “El proceso penal se erige, pues, en un instrumento jurisdiccional neutro cuya finalidad consiste, tanto en aplicar el *iuspuniendi* como en declarar e incluso restablecer, el derecho a la libertad, derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico según nuestra Constitución. [Blat Gimeno: 1998. Pp. 63.]

Según Alberto M. Binder “Todo proceso penal es una síntesis, culturalmente condicionada, de dos fuerzas: una que busca la eficiencia en la persecución penal y otra de garantía, que procura proteger a las personas del riesgo derivado de un uso arbitrario de ese poder penal”. Apoyado en

castigo y el respeto por el procesado-condenado, mas no la de perseguir derechos de víctimas, sin confundir esto con la búsqueda de la verdad procesal

La solución a esta serie de problemáticas es la de la búsqueda de reformas constitucionales que clarifiquen el verdadero papel de la Corte Constitucional, que es el de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas sometidas a dicho examen y que son de su competencia, mas no la de crear normas ni interpretaciones normativas, convirtiéndose así en un órgano conoedor de sus límites, sobre todo si de materia penal se trata; asimismo, reafirmar el respeto de las decisiones de los jueces de conformidad con el ordenamiento jurídico y las particularidades de cada caso, su independencia, sin perjuicio de las superioridades jerárquicas que se manejan con la doble instancia y la presentación de los recursos extraordinarios existentes para acudir a las altas Corporaciones de justicia.

c. Reformas para la seguridad judicial.

Son reformas que consisten en brindar acompañamiento a los operadores judiciales en materia de seguridad en aquellas regiones del país donde existe presencia de grupos al margen de la ley como la guerrilla y los paramilitares.

ese concepto, el autor infiere que dentro de un Estado de Derecho donde el proceso penal es el único medio legítimo para el ejercicio del poder penal, el proceso es, esencialmente “un conjunto de garantías”. [Binder: 1993. Pp. 59.] (pág. 2).

En relación con el denominado “objeto del juicio penal” el diccionario de Escriche enseña: “El juicio penal tiene por objeto averiguar la existencia de un delito, descubrir y llegar a la convicción del que lo ha cometido y, consecuentemente, a la imposición de la pena que merece”... “Se llama Derecho Procesal Penal al conjunto de normas jurídicas de un estado que disciplina el procedimiento necesario a seguir para imponer una sanción o medida de seguridad penal, regulando de esa manera el comportamiento específico de quienes intervienen en él, e instituyen y organizan los órganos públicos que realizan la función penal del Estado”. [Maier: 1978. Pp. 15]. (pág. 3).

Luego, más adelante la autora, al referirse al sistema procesal penal de los Estados Unidos, manifiesta que “No se admite parte civil dentro del proceso penal. A pesar de que en las primeras épocas, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos la acción era entablada por la víctima, actualmente, con excepción de algunos Estados, la indemnización de perjuicios y daños ocasionado por el punible, debe tramitarse en juicio separado” (Pág. 59).

El refuerzo de la seguridad de los jueces por medio del acompañamiento de la fuerza pública en aquellos lugares del territorio nacional donde los grupos armados al margen de la ley como los mencionados tienen presencia ideológica y militar. De esta forma se disminuiría la influencia de las agrupaciones en comento en lugares donde también tiene presencia el Estado por medio de sus jueces, sobre todo en sitios donde estos últimos adelantan procesos judiciales donde están implicados personajes pertenecientes a dichos grupos. Es así como se garantizaría mayor confianza del juez para sus actuaciones, con ausencia de presión y conforme a las directrices estatales que se materializan en la voluntad de creación del sistema jurídico por el autorizado para ello (Congreso).

d. Reformas en salud para los jueces, con la importancia del área de promoción y prevención

En las ciencias de la salud y la seguridad social en la misma materia se prefiere a la aplicación de políticas de prevención y promoción, que se traducen en mecanismos médicos de tratamiento preventivo sobre un esquema de patologías previsibles o frecuentes en actividades laborales de alta exigencia mental y constante flujo de personas como lo es la actividad judicial; se han de preferir políticas de esta naturaleza a las encaminadas a la curación o tratamiento de patologías existentes, las cuales sale mucho más costosas y hasta menos eficaces que las primeras.

Se había tratado que existan factores internos que están compuestos en parte por enfermedades de orden mental y que confluyen con la adaptación del ser humano con el ambiente como el estrés, el cual se constituye como la más importante de todas aquéllas; en el ámbito laboral, el problema de adaptación se relaciona con el trabajo, en materia judicial, la labor del juez está marcada por una serie de situaciones que devienen en la enfermedad mencionada, afectando su capacidad decisional.

Teniendo en cuenta esa realidad, el Estado, por medio del Consejo Superior de la Judicatura o el Ministerio de Justicia y de la mano con el Ministerio de Salud y Protección Social, deben centrar sus esfuerzos en el establecimiento de políticas de salud encaminadas a la promoción y prevención del estado físico y mental de los jueces, pero haciendo énfasis en el último, materializando el esfuerzo en el acompañamiento psicológico permanente del estado mental de los operadores. De esta manera se evita el

tratamiento de patologías tan complejas como el estrés laboral, y se promociona un rendimiento mayor, así como decisiones donde no va a desaparecer dicha patología, pero con un debido acompañamiento, se minimizará considerablemente su impacto, sobre todo en las decisiones judiciales como la tarea principal que el funcionario judicial tiene a su cargo.

e. Reformas Anti-Mediáticas.

Esta clase de reformas tiene como objetivo limitar la influencia de los órganos de producción de justicia mediática existentes y que concurren con la generación de opinión e influencia hacia la actividad judicial; es decir, la creación de mecanismos expeditos para evitar y contrarrestar la incidencia de los medios de comunicación en la opinión de los jueces del sistema penal de la ley 906 de 2004.

En Colombia; la libertad de difundir información y opinión son derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional, que sumado a la prohibición de censura hacen de los medios masivos de comunicación sistemas de poder sin control que difunden informaciones y opiniones de todo tipo, sin discriminación alguna y sin mesura y respeto a cierto tipo de situaciones que lo merecen; como se había manifestado en capítulos precedentes, una de esas actividades es la que conforma la actuación de los jueces, quienes son objeto de constantes ataques por parte de la prensa, respecto de sus decisiones y que si no están de acuerdo con la opinión de aquella son terriblemente condenadas; así lo hace manifiesto el Honorable Senador de la República Germán Navas Talero, quien en reciente entrevista recopilada, con relación a casos como el de Luís Andrés Colmenares, manifestó que en: *“Colombia sucede un fenómeno curioso: los medios influyen en la comunidad, la comunidad está compuesta con un 90% de ignorantes sobre el tema, termina diciendo lo que el periodista dice y creando una aparente ola de protesta; si coge a la mayoría de la gente que protesta y pide explicaciones, seguro que se raja; en eso es lo que el juez debe pensar dos veces, en no aceptar la presión del público, producto de los medios y decidir conforme a la ley. Por ejemplo, sí se ha visto aquí en Colombia, presionaron a los jueces en el caso Colmenares, sí hubo una presión infame por parte de los medios hacia los jueces.”* (G.N. Talero, comunicación personal, septiembre 13 de 2013).

Los más perjudicados con esta realidad son los procesados, quienes tienen que soportar la infamia a la que son sometidos por los medios, y los jueces, a la infamia a la que son sometidas sus decisiones en caso que éstas sean incompatibles con el estado de opinión generado por la prensa.

Ese problema debe acabar de una buena vez: el Estado colombiano, así como debe garantizar el ejercicio de los derechos individuales consagrados en la Constitución también debe evitar que la persona se extralimite en el ejercicio de estos, mediante la protección de cada una de las personas perjudicadas en su vida, honra, bienes y derechos también reconocidos por la Carta; el ejercicio de un derecho fundamental va hasta donde está el campo de acción de otro derecho ejercido.

Es así como para terminar esta problemática resulta justo y necesario el establecimiento de reformas que impliquen la modificación del artículo 20 de la Constitución Nacional, en el sentido de *limitar* el ejercicio del derecho de difusión de información y las opiniones de prensa, pero centrándose en el respeto por las decisiones judiciales y de las actuaciones de los jueces; esta reglamentación, como es muy extensa, deberá estar reglamentada por la Ley de Prensa, así como una regulación sobre la publicidad y el tráfico de la información una vez que se observe la existencia de opiniones que generen críticas discriminadas y extralimitadas referente a las actuaciones de los jueces.

La razón de la limitación de ese derecho fundamental está dada por el constante daño que se le hace a la actividad judicial mediante el uso irresponsable de la información difundida por los medios de comunicación, opiniones o información apresurada, cuyos objetivos son los procesos judiciales, opiniones que van en detrimento de las garantías de los implicados o procesados en más de una ocasión.

Con el lanzamiento de estas pequeñas propuestas se abren una serie de controversias e interrogantes pero que son soluciones que contribuirían eficazmente con la forma cómo los jueces penales toman sus decisiones, de manera que tengan como directriz fundamental el ordenamiento jurídico y menos intromisión de aspectos negativos de la corriente del Realismo Jurídico, sin desconocer que es una realidad que poco a poco va tomando una mayor fuerza en nuestro haber judicial.

Bibliografía

ACOSTA, José María: *Gestión del Estrés*. Ediciones *Protif*. Barcelona (España). 2011. Págs. 18.

Artículo 29, Constitución Política de Colombia.

BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas: *La construcción Social de la realidad*. Ediciones *Amorrotu*. Buenos Aires (Argentina). 1993. Pág. 37, 53.

BOBBIO, Norberto: *Teoría general del derecho*. Tr. Jorge Guerrero. Editorial *Temis*. Bogotá. 2007. Pág. 52.

BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván: *Filosofía del derecho*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Págs. 13-14, 73, 92-93.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Volumen 1. *Siglo del Hombre editores*. Bogotá D.C. (Colombia). 2001. Pág. 39, 87-88, 110.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Volumen 2. *Siglo del Hombre editores*. Bogotá D.C. (Colombia). 2001. Pág. 391-392, 430

DWORKIN, Ronald; *el modelo de las normas en Los Derechos en serio*, editorial *Aries S.A., Barcelona (España), 1977, pág. 64*

FOUCAULT, Michael: *Enfermedad Mental y Personalidad*. Editorial Paidós. Barcelona (España). 2002. Pág. 17-18-19

GARCÍA MATURANA, Carolina Alejandra: *Estrés laboral en el personal de la unidad de emergencia gineco-obstétrica. Hospital Clínico Regional Valdivia*. Tesis de Grado. Facultad de Medicina. Universidad de Chile. Valdivia (Chile). Págs. 8-9.

HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1963, pág. 150

HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*. Edición AbeledoPerrot. Buenos Aires (Argentina). 1998. Pág. 155, 160-161.

HART, H.L.A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, editorial Universidad Autónoma de México, México D.F., 2000. Pág. 38, 54, 157, 168

HART, H.L.A.: *Del pos Scriptum al concepto de Derecho*. Edición del Instituto de Estudios Jurídicos – Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2000. Pág. 56.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?* En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*. Editorial del Puerto. Buenos Aires (Argentina). 2005. Pág. 168-169, 171.

KENNEDY, Duncan: *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Editorial Siglo del hombre Editores. Bogotá D.C. 1999. Pág. 91, 95.

KENNEDY, Duncan: *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Editorial Siglo del Hombre y Uniandes. Bogotá D.C. (Colombia). 2005. Pág. 121.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo: *Estudio Preliminar* en KENNEDY, Duncan: *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Editorial Siglo del hombre Editores. Bogotá D.C. 1999. Pág. 13.

MARTÍNEZ, Néstor Humberto: *Retos de la Justicia en Revista Política Colombiana. Enero-Marzo*. Bogotá D.C. (Colombia). Año 2010. Pág. 13.

MIRA FRANCO, Katherine, SALAZAR RENDÓN, Valentina y URÁN CADAVID, Kelly María: *Aproximaciones teóricas y hallazgos empíricos sobre el síndrome de burnout*. Tesis de grado. Facultad de Psicología. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín (Colombia). 2005. Pág. 30.

OLIVECRONA, Karl: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Traducción de Luis López Guerra. Ediciones *labor Universitaria*. Barcelona (España). Pág. 47, 107, 110.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial Ediciones del Profesional Ltda., 16ª Edición. Bogotá D.C. (Colombia). Pág. 79.

PLAZAS, Mauricio: *Del realismo al trialismo jurídico "Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial"*. Editorial Temis, 2º Edición. Bogotá D.C. 2009. Pág. 59.

PLAZAS, Mauricio: *Ideas políticas y teoría del derecho*. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2003. Pág.43.

PLAZAS V., Mauricio: *Ideas políticas y teoría del derecho*. Editorial Temis. Bogotá. 2003. Pág. 49.

PLAZAS, Mauricio: *Del realismo al trialismo jurídico "Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial"*. Editorial Temis, 2º Edición. Bogotá. 2009. Pág. 60.

RODRÍGUEZ, César: *Estudio Preliminar*, en KENNEDY, Duncán: *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Editorial Siglo del Hombre Editores. Bogotá D.C. 1999. Pág. 27.

RODRÍGUEZ, César: *Estudio preliminar* en KENNEDY, Duncan: *Libertad y Restricción en la decisión judicial*, edición *Siglo del hombre y Uniandes*. Bogotá D.C. 2005. Pág. 19, 27, 29-30.

RODRÍGUEZ, César: *La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin. Estudio Preliminar*. Edición *Siglo del Hombre Editores y Uniandes*. Quinta Edición. Bogotá D.C. (Colombia). 2005. Pág. 39-40,47, 135.

ROSS, Alf: *sobre el derecho y la justicia*. Editorial *Eudeba*. Buenos Aires. 2005. Pág. 17-18, 69-70-71

SILVA GARCÍA, Germán: *El triángulo del control social: Poder judicial, violencia política y narcotráfico*. Tres problemas centrales”, en *Memoria. Conferencia Iberoamericana sobre reforma de la justicia penal*. El Salvador, Octubre de 1991, pág. 34, en PARRA QUIJANO, Jairo: *la administración de justicia en Colombia*. Pág. 136.

STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*. Ediciones *Universidad de Navarra S.A.*; Pamplona (España). 1973. Pág. 30, en PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones *del Profesional Ltda*. Bogotá D.C. (Colombia). Pág. 80.

VERDADABIERTA.COM (Autor desconocido): *La historia detrás del 'Pacto de Ralito'*. Artículo de Prensa de 18 de Enero de 2010. Fuente digital en <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/2103-la-historia-detras-del-del-pacto-de-ralito> .

VERDADABIERTA.COM (Autor desconocido): *La primera condena de Justicia y Paz*. Artículo de prensa de 29 de junio de 2010. Fuente digital en <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/2527--la-primera-condena-de-justicia-y-paz> .

WENDELL HOLMES Oliver: *The Path of the law*; Pág. 15-16. En KENNEDY, Duncan: *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Edición *Siglo del Hombre Editores y Uniandes*. Bogotá D.C. 2005. Pág. 25.

WENDELL HOLMES, Oliver: *The Path of te Law*; Bedford, Applewood, 1996, Págs. 15-16.