

**LOS FALLOS DE LOS FUNCIONARIOS  
JUDICIALES Y EL RECURSO DE CASACIÓN:  
UNA ENCRUCIJADA DE LEGALIDAD, HISTORIA,  
FILOSOFÍA Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS\***

**FAILURE OF JUDICIAL OFFICERS AND APPEAL,  
A CROSSROADS OF LAW, HISTORY,  
PHILOSOPHY AND OTHER CIRCUMSTANCES \***

**AS DECISÕES DOS FUNCIONÁRIOS  
JUDICIAIS E O RECURSO DE CASSAÇÃO:  
UMA ENCRUZILHADA DA LEGALIDADE,  
HISTÓRIA, FILOSOFIA E OUTRAS  
CIRCUNSTÂNCIAS\***

**Ricardo Martínez Quintero<sup>a</sup>**  
ricardo.martinez@unicolmayor.edu.co  
Universidad Colegio Mayor  
de Cundinamarca  
Recibido: 04-09-2012.  
Aceptado: 11-10-2012

**RESUMEN**

En este trabajo se demuestra cómo a raíz de la falibilidad de los jueces en sus fallos, la “Casación” emerge en una interesante tónica defensora de los derechos fundamentales en clara superación del principio de la mera legalidad, para darle paso definitivo a la libertad con que la filosofía llena de razones y fundamentos las providencias, por medio de las cuales se hace próspera la acción fundacional del “Estado Social de Derecho”. Desde esta perspectiva el enfrentamiento: “Estado

---

*\* El presente artículo es resultado de investigación académica en la línea de la filosofía y la historia que influye en el recurso de casación, acerca de lo cual se han publicado varios artículos en la revista Misión Jurídica.*

*a Abogado Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Penal 1984 y Especialista en Criminología y Criminalística 1983, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal 1987, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Especialista en Casación Penal 2004, Universidad La Gran Colombia con mención de honor por la investigación titulada: “Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso”. Maestría en Filosofía Latinoamericana. Universidad Santo Tomás 2010, Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad La Gran Colombia. Doctorando en Filosofía Universidad Santo Tomás de Aquino, 2011. Amplia experiencia en la administración de justicia, el litigio y la consolidación de procesos educativos de la enseñanza superior del Derecho. Investigador de temas relacionados con la Filosofía del Derecho a partir del concepto antropocéntrico y del Estado Social de Derecho. Conferenciante en Derecho Penal, Deontología Jurídica, Filosofía del Derecho y Bioética. Autor artículos Revista Misión Jurídica. Docente Universitario en pregrado y postgrado.*

de Derecho versus Estado de Justicia” suscita la reflexión en procura de la determinación de los nuevos senderos por los que racionalmente debe orientarse el Derecho, para lograr uno de sus principales fines materiales, como es el de la administración de la justicia: la humanización del Estado de Derecho.

En consecuencia con ello la temática se expresa en los siguientes puntos: Recurso de casación versus confiabilidad de los ciudadanos en los fallos de los funcionarios judiciales, así como falibilidad de los investidos por el Estado; Estado de Derecho versus Estado de Justicia, el giro en torno al hombre; el problema: Pugna del Estado de Derecho y el Estado de Justicia; la contradicción: prevalencia del Estado de Derecho sobre el Estado de Justicia; una alternativa de solución: la Humanización de la Justicia en el Estado Social de Derecho.

#### **PALABRAS CLAVES**

Estado de Derecho, Estado de justicia, Recurso de casación penal, Humanización, Razón, Argumentación, Fundamentación, Administración de justicia.

#### **ABSTRACT**

This paper demonstrates how following the fallibility of judges in their decisions, the "Appeal" in an interesting trend emerges defender of fundamental rights in overcoming clear simple legality principle, to give final passage to freedom with which philosophy full of reasons and basis the measures, by means of which the action becomes prosperous founding the "rule of law". From this perspective the confrontation: "Rule of Law versus State for Justice" provokes reflection in an attempt to determine the new paths you should rationally oriented law, to achieve one of its main purposes materials, such as the justice management: the humanization of rule of law.

Consistent with this theme is expressed in the following points: Appeal reliability versus citizens in the decisions of the judiciary, and the fallibility of invested by the state, rule of law versus rule of law, the shift in around man, the problem: confrotation between the rule of law and the rule of Justice, the contradiction: prevalence of rule of law on the State of Justice, an alternative solution: the humanization of Justice in the rule of law.

#### **KEYWORDS:**

Rule of law, rule of justice, criminal appeals, Humanization, Reason, Argumentation, Groundwork, Administration of justice.

#### **RESUMO**

Este trabalho cujo tema principal, desejo que me acompanhe até o últimosopro da minha vidatransitória, constitui uma parte na que demonstro como por causa da falibilidade dos juízes em suas decisões, a cassação emerge em uma interessante tônica defensora dos direitos fundamentais, em evidente superação do principio de simples legalidade para lhe dar passo definitivo à liberdade com a que a filosofia enche de razões e fundamentos as deliberações através das quais prospera a ação fundacional do Estado Social do Direito. A partir desta perspectiva, o enfrentamento Estado do Direito com Estado da Justiça, suscita à reflexão, na procura da determinação dos novos sendeiros pelos que racionalmente, tem de orientar-se o direito para atingir um dos seus principais fins materiais, como é a administração da justiça: a humanização do Estado Social do Direito.

Em concordância com o anterior, a temática é expressa nos seguintes pontos: recurso de cassação versus confiabilidade dos cidadãos nas decisões dos funcionários judiciais. Falibilidade dos investidos pelo Estado: Estado Social do Direito vs. Estado Social da Justiça. A contradição: prevalência do Estado Social do Direito sob o Estado Social da Justiça. Uma alternativa de solução: a humanização da justiça no Estado Social do Direito.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Estado Social do direito, Estado Social da justiça, recurso de cassação penal, humanização, razão, argumentação, fundamentação, administração da justiça.

### **INTRODUCCIÓN**

El estado de justicia y el estado de derecho son dos temas sobre los cuales se ha venido debatiendo desde tiempos inmemoriales, para determinar el alcance de cada uno de ellos, y por supuesto su verdadera intervención en la más delicada de las actividades que, a través del derecho positivo, se pone en las manos del ser humano: la administración de justicia.

Las reflexiones presentes aquí integran una parte de uno de los capítulos de la investigación titulada: “La influencia del pensamiento colonial en parte de la casación penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia”, texto de base para el grado de magister en filosofía latinoamericana en la Universidad Santo Tomás de la ciudad de Bogotá. Ejercicio académicamente provechoso para quienes buscan determinar con algún grado de certeza, sin recurrir al discurso tradicional, una explicación acerca del nacimiento de la casación en Colombia, así como de sus distintos tratamientos por parte del legislador según las épocas de la historia. Se trata entonces de esa conservación del principio de legalidad no pocas veces comprometedor de la naturaleza de aquel recurso que fuera creado por la Revolución Francesa en 1789.

De manera que el lector encontrará en los siguientes renglones una información referida a la casación frente a la falibilidad de los jueces en sus fallos, al estado de derecho, al estado de justicia, al estado social, pero también lo esencial del discurso de algunos de los más prestantes estudiosos del asunto; y, finalmente, una propuesta de humanización del Derecho con base en el respeto inexorable de los derechos fundamentales, como asiento principal de la racionalidad y la argumentación jurídicas en la teoría del discurso racional, con el que hoy por hoy la filosofía del derecho se abre nuevos caminos, que antes estaban vedados por la fuerza de la mera legalidad.

### **PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

El estudiar y re-estudiar el papel del Estado de la justicia y en el Estado Social de Derecho respecto de la administración de justicia material, es algo que siempre impactará al sujeto en toda sociedad en la medida en que ambos entrecruzan sus efectos en el ser humano, cuando éste cumple el llamado hecho por el Estado de concretar la función pública de determinar el futuro de alguien a través de un fallo de carácter judicial. Por suerte que no se trata simplemente de aceptar el poderío del Estado en una de sus fuentes de legitimidad, como es la rama judicial, sino que, hoy en día, resulta indispensable que las decisiones respondan a unos principios compatibles con la naturaleza del ser que se juzga y la del derecho que materialmente se aplica.

Desde esta mirada habría algo así como la búsqueda de un punto de equilibrio y de intermedio entre la fuerza del derecho positivo, y la esencia de la naturaleza del ser humano, en los que pudieran legitimarse y validarse la decisión del juez por ser respetuosa de los postulados de uno y otro extremo. Ejercicio de no fácil práctica si se tiene en cuenta que hubo espacios de la historia bastante prolongados, en los que para la producción de los efectos previstos en

la decisión, sólo se dependía de la validez de la norma que se aplicaba. Tal situación ya no es el caso, porque ahora el hombre prevalece y el juez puede espaciar su función en ámbitos de mayor liberalidad, permeándose de datos provenientes de fuentes distintas a las contenidas en la misma norma. Un expandirse hermenéuticamente para que sintiéndose más humano -menos instrumento legal- también se sienta más juez, en tanto protector acérrimo y convencido del carácter primordial de los derechos fundamentales por cuyo medio la dignidad humana se pone a salvo y, por ende, el derecho positivo en su fórmula de Estado Social de Derecho alcanza mayor ecuanimidad.

Los fines de la casación como fundamento filosófico del recurso siguen siendo nuestra tónica discursiva en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. Por eso en este renovador momento se ponen en evidencia las incidencias de uno y otro aspectos del asunto en la actividad judicial, y la necesidad de superar los conceptos extremos, brindándoles a la sociedad y sus miembros la opción de ver en la justicia un hecho real y libre de persecuciones e intimidaciones, del uso de la fuerza por la fuerza o del ejercicio del poder por el poder. Un problema que surge desde el mismo momento en que nace el derecho positivo; pues la verdad sea dicha, hay derechos respecto de los cuales no tenemos sino que aceptar su llamado igualitario a la raza humana, dejando los susceptibles de control jurídico en permanente reflexión, con la perseguida meta de hacer del Derecho un útil para la convivencia pacífica de los pueblos, y del ejercicio expedito de todos los derechos que animan la vida en su carácter fundamental.

En este propósito comulgamos con la idea de que entre más consultemos al Derecho positivo, es decir, el de la esencia legal, sobre su base presupuestal para garantizar derechos fundamentales, estaremos cada vez más cerca de lograr descifrar su razón de ser en medio de las libertades proporcionadas al ser humano como ícono de la creación.

La falibilidad de los jueces en sus fallos ya no se desprende del solitario argumento de la falsa interpretación de los cánones normativos o del estado ignoto, frente a la existencia material de los preceptos al interior del ordenamiento jurídico, sino de su falta de ontología, hermenéutica, analítica o crítica afines a los nuevos tiempos en que los equilibrios se logran viendo al hombre como el centro del universo. Lugar que fue dispuesto pero olvidado por el mismo protagonista, entre otras razones, por la soberbia, el capricho y la petulancia, expresiones superlativamente antónimas a la racionalidad del ser humano.

## **METODOLOGÍA**

Pareciera graciosa la manera como se podrían calificar los distintos pasos dados para lograr darle forma al presente escrito, pero es la verdad, porque así se nos manifestó internamente mientras se realizaba. Es un trabajo de corte experimental entre lo que muestra el Derecho, sin desconocimiento de sus patrones pretéritos, y lo que debería ser frente a las necesidades de una población no solo local sino mundial que ha venido viendo sepultados sus derechos en el sarcófago de la desesperanza, quedando los mismos en la percepción de ser cómplices de su propia desventura.

Es así como se hace imprescindible la tarea de consultar el porqué de la inmensa mayoría de los casos en que los jueces descubren su falibilidad en los fallos, para con ello acudir al peso específico del estado de justicia y estado del derecho dentro de tal ocurrencia. En tal coyuntura se detectó el significado de la casación hoy en día como alternativa del restablecimiento de los derechos afectados en un proceso. Trámite del cual no solo se destilan los derechos y garantías tradicionales del orden legal propiamente dicho, sino también los desprendidos del carácter

supra-positivo del Derecho y los aún no “positivizados” y de necesaria custodia por parte de los jueces, en atención al respeto por la dignidad humana, fundamento del estado social de derecho. Se proyecta entonces aquí una propuesta de humanización de la justicia, a partir de la cual pueden cesar las discordias y los antagonismos suscitados por las intemperancias e intransigencias de los hombres por el mal uso del Derecho.

Se trataría de volver a filosofar de manera práctica, es decir, sobre los hechos que a veces no se veían como siendo parte de los derechos, siendo así que sí lo son.

### **1. RECURSO DE CASACIÓN VERSUS CONFIABILIDAD DE LOS CIUDADANOS EN LOS FALLOS DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES. FALIBILIDAD DE LOS INVESTIDOS POR EL ESTADO**

Son relevantes aquí las palabras del tratadista Heliodoro Fierro Méndez para iniciarnos en la tarea impuesta:

*“La palabra casar es una dicción de origen latino: cassare, que traduce anular, romper, derogar, abrogar, quebrar, dejar sin efecto.*

*En sentido procesal penal expresa la idea de acudir ante la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo, Sala de Casación Penal, para que en control de legalidad deje sin efecto una sentencia y en su lugar profiera la que corresponda, o en determinados casos para que una especial porción del proceso sea anulada y colateralmente la sentencia”*

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 13 de mayo de 1998, bajo la ponencia del señor Magistrado Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, se pronunció diciendo: “...el recurso de casación es el medio de impugnación que permite demostrar la ilegalidad de la sentencia por uno cualquiera de los motivos consagrados en la ley, mediante argumentos técnico-jurídicos orientados a la corrección del fallo”.

Apreciaciones de por sí delatorias de la desconfianza que pueden tener los ciudadanos en los pronunciamientos de los servidores públicos judiciales. Pero tampoco el recurso de casación por ser la parte oclusiva de la justicia ordinaria significaría la última palabra, haciendo infalibles sus fallos.

De hecho toda norma y todo fallo siempre van cargados de contenido ideológico que muchas veces no dejan ver el rigor jurídico formal, el cual debe acompañar los fallos o la decisión materia de la cuestión debatida. Son resoluciones humanas.

La intercesión o derecho de casación en épocas pretéritas tuvo por finalidad, como figura del Derecho político que era, morigerar la utilización del poder, y no la de corregir el acto del proceso penal llamado sentencia. Situación que no es extraña en la época contemporánea, en que con atuendos propios de la corriente neoliberal se habla de calidad de las sentencias, con el ánimo de convertir éstas en mercaderías reflejo del ejercicio del poder antes que piezas de alta reflexión “iusfilosófica”.

Como la discusión gira alrededor del proceso penal que se concentra en una decisión judicial denominada sentencia, es pertinente acudir a la fuente de donde emanan las decisiones finales al respecto. Así a través del análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional se establece un sistema tripartita de puntos de vista acerca de lo que, en la actualidad, ellas entienden es el debido proceso que sintetiza la noción formal y material del principio de legalidad.

Para un sector de la Sala de Casación Penal, “el debido proceso es una reglamentación de la investigación, que busca los procedimientos y lograr la persuasión”.

En otro momento, expresó la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, “que el proceso comprende un conjunto de actuaciones o diligencias que buscan una persuasión racional del problema debatido con el propósito de decidirlo exclusivamente en derecho, por lo que algunas de esas diligencias constituyen el rito esencial que es lo que en estricto sentido se denomina debido proceso”.

Otra porción de la jurisprudencia atiende con método, precisión y sentido jurídico el alcance y contenido del debido proceso, señalando que: “El debido proceso no puede entenderse únicamente como los pasos que la ley señala para llegar hasta la sentencia, sino también el contenido de los actos procesales y las determinaciones que el juez debe tomar para asegurar una pronta, recta y cumplida administración de justicia”.

Otro sector de la Sala de Casación Penal, afirma: “que el debido proceso, en materia penal, y siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, es una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que pueden verse afectados”.

Toda la reflexión lleva a considerar desde los diversos puntos señalados que el recurso de casación busca sortear los errores en que, en detrimento del debido proceso, incurrieron los jueces. Situación que no brinda alternativa diferente, cerrándose el círculo entre quienes tuvieron la posibilidad de acatar el debido proceso. Lo cual no constituye una garantía clara de imparcialidad, dando lugar a desmotivar la confiabilidad de los ciudadanos en los fallos judiciales.

Ello se confirma con la postura de los magistrados de las altas Cortes Judiciales en cuanto no permitir a otra corporación estudiar, analizar, valorar sus fallos para mantener las decisiones o modificarlas, acciones constitucionales de rango popular y democrático como es la Acción de Tutela, que dicho sea de paso las deberían conocer jueces exclusivos para la tutela. Este planteamiento es sugestivo para superar la interminable discusión entre las dos Cortes, pues constituye prueba fehaciente de un enfrentamiento propio del esquema colonial.

Se hace la salvedad de que la confiabilidad de los ciudadanos en los fallos de los funcionarios judiciales no está determinada en última instancia por la visión que se tenga del Recurso de Casación, sino que influyen otras circunstancias:

*“La justicia efectiva es sólo una mínima parte de la justicia potencial. En efecto, el problema de la lentitud y la congestión en los despachos judiciales tienen características estructurales de larga data, de tal manera que la acción de tutela no es una causa, sino más bien un intento de solución de este problema. Desde el punto de vista socio-jurídico, la congestión judicial*

*no puede ser mirada como un fenómeno autónomo, sino como una mínima parte del fenómeno conocido como “la pirámide de la litigiosidad”. De acuerdo con esto, los conflictos sociales susceptibles de ser afrontados por la justicia son sólo un mínimo porcentaje de los que realmente resultan tratados por los jueces. El mayor o menor porcentaje de oferta judicial en relación con la demanda se debe a múltiples factores que no es del caso analizar en este momento. Lo cierto es que en Colombia la disociación entre estos dos factores –demanda potencial y oferta efectiva de justicia– es demasiado grande e incide cada día más en el ahondamiento de la brecha entre el Estado y la sociedad civil.*

*La acción de tutela ha sido un instrumento judicial que ha contribuido sin duda a disminuir esa disociación. La simplicidad de su procedimiento, la posibilidad de que cualquier persona pueda hacer uso de él sin necesidad de abogado y, en general, su carácter ágil y accesible, hacen de la tutela una acción especialmente efectiva para resolver los problemas de la gente. Es cierto que estas características también pueden ser aprovechadas justamente para entorpecer la justicia, en un país de abogados temerarios e inescrupulosos. Sin embargo, sería una torpeza y una rendición injustificada acabar con la tutela o desnaturalizarla por estas disfunciones”.*

Por el contrario, es menester seguirla ofreciendo como mecanismo judicial, en últimas benefactor de un juicio crítico, desconocido totalmente en la Colonia y en las constituciones anteriores a 1991.

De ahí la importancia de quienes realizan una crítica interna al Derecho en el entendido de que miran hacia lo técnico jurídico del mismo, haciendo sus apreciaciones a lo formal o de procedimiento, para sentar su inconformidad; y deben pensar que en todo tiempo y circunstancia debe primar lo sustancial cuando su fundamentación responde a lo jurídico, social y filosófico.

En este punto nos encontraríamos en un mismo andar cuando se mira a la legalidad formal y material en su compartida aspiración de ser puntos de apoyo a decisiones que observan el real sentido de la justicia material. Es decir, la que deriva de estar bajo su imperio, como lo detalla el artículo 230 superior.

A partir de finales de la década de los sesenta y principios de los ochenta, se inicia la crisis del “estado de bienestar”, lo cual se ha prolongado y agudizado en nuestros días del nuevo siglo, creándose una pesadilla sin retorno. De modo que entre las manifestaciones de esta crisis es conocida la incapacidad financiera del Estado para atender los gastos siempre crecientes, como son los de la administración de justicia, y cuya falencia se refleja en las propias decisiones que traslucen de los rituales o procedimientos.

Al cabo del tiempo, los estudios realizados sobre el incremento de la “litigiosidad” forzaron a revisar algunas de las ideas sobre acceso a la justicia, puesto que la crisis del “estado de bienestar” lo hacía imperante.

*“Por un lado, las medidas más innovadoras, para incrementar el acceso de las clases más bajas, fueron eliminadas por razones políticas o presupuestales. Por otro lado, se cuestiona el ámbito de la protección judicial pues muchas veces, a pesar de su ampliación, los jueces continuaron siendo selectivos en la eficiencia con que respondieron a la demanda de protección judicial.*

*En unos países más que en otros el desempeño judicial continuó concentrándose en las mismas áreas de siempre. Además de eso, el aumento del litigio agravó la tendencia que consiste en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa. Esta tendencia hizo que la masificación del litigio diera origen a una judicialización rutinaria con los jueces, evitando sistemáticamente los procesos y los ámbitos jurídicos que obligaban al estudio o a decisiones más complejas, innovadoras o controvertibles. Por último, hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era el resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o era, en cambio, el resultado del uso más intenso y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes”.*

Lo anterior lleva a razonar que llegar a la instancia del recurso de casación para el caso de lo penal, es cada día más frecuente; y además se interponen por funcionarios no tan expertos en su manejo técnico jurídico, no cumpliendo con las expectativas anheladas en los fallos respectivos, lo que hace sin duda incrementar la no confiabilidad de los ciudadanos en las decisiones judiciales, y más aún en la instancia en comentario.

Por consiguiente cabe reflexionar si se mantiene el prestigio con que se han querido presentar los fallos de recursos de casación o, contrario sensu, se miran como un elemento sumatorio a las otras en que la resolución no resulta convincente en último momento en lo procesal y sustancial.

Queda a la filosofía encontrar su mérito en los alcances legal y de justicia. Labor de la que adelante nos encargaremos.

## **2. ESTADO DE DERECHO VERSUS ESTADO DE JUSTICIA: EL GIRO EN TORNO AL HOMBRE**

Se puede afirmar que en la tríada “hombre-derecho-justicia” hay un conflicto originado en las interdependencias surgidas en la misma. Indiscutiblemente, “prima facie”, el hombre debe prevalecer frente a los otros dos componentes. Es decir, el derecho y la justicia deben girar en torno al hombre. Sin embargo, son múltiples los hechos que confirman que el hombre se debe al derecho y depende de la justicia material. En esto último no se pierda de vista que las grandes conquistas en los derechos han sido consecuencia de movimientos revolucionarios y sangrientos, ante la resistencia por la conservación de los esquemas normativos de poder.

De igual manera, entre el estado de derecho y el estado de justicia hay contradicciones, tanto en el empleo del derecho para llevar a cabo la justicia, como en la satisfacción de las necesidades y derechos fundamentales del hombre. En el primer caso, hay que recurrir, cuando se viola un derecho sustantivo, a la casación. En el segundo caso, se precisa de un ordenamiento estatal con mayor proximidad a la justicia real humana, pues como afirmaría Rawls: “Todos los bienes primarios sociales –libertad y oportunidad, ingresos y riquezas, y los fundamentales de la propia

estima- tienen que distribuirse de modo igual, a menos que una distribución desigual de uno de estos bienes o de todos ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos”<sup>1</sup>. Tal vez una de las causas de esta problemática sea el relegamiento del hombre a un segundo plano. El estado de derecho se impone sobre él y lo domina, impidiendo que la justicia se imparta como debe ser.

Mientras que el interés central del Estado de Derecho Nacional no tenga como fin el hombre, la justicia será un criterio devenido de la ley, permitiendo que aquél entre en contradicción y pugna contra el Estado de Justicia. En tal caso la justicia, como fruto de la ley, responderá a las necesidades del Estado de Derecho, pero en realidad hará invisible el Estado de justicia. El recurso extraordinario, entonces, estará más cerca de la justicia en sí misma que la administración de la justicia por medio de la ley.

Entonces, fue a todas luces imposible que, cuando surgió constitucionalmente la Casación en nuestro medio, en la carta de 1886, en una atmósfera netamente confesional que era sinónimo de legalidad, se pudiera ejercer una crítica racional, que es la que constituye el fundamento de un filosofar. Resultado de ello es que transcurrieran bastantes años para que el recurso, como ocurre ahora, pueda ser ajeno a la asfixia que por completo lo martirizó dentro de un esquema en el que el Estado de Derecho cerraba todas las opciones a un derecho de justicia. Dejando tal situación expósitos a los administradores de justicia con respecto a casos en los que, más que la legalidad, se requería su resolución compatible con el respeto por los derechos, que por naturaleza asisten a los hombres.

### 3. EL PROBLEMA: PUGNA DEL ESTADO DE DERECHO Y EL ESTADO DE JUSTICIA

Se presupone que el Estado se organiza para garantizar la igualdad, la justicia material y la libertad de cada uno de los conciudadanos. La garantía está depositada en la ley que es la misma para todo individuo miembro del Estado. Sin embargo, en la aplicación de la ley surgen distinciones originadas por factores externos, como la acomodación a los tecnicismos legales, a la habilidad jurídica de los defensores, a ciertos tipos de poder, al influjo del dinero tanto como a las palancas políticas. Lo que permite que la ley no cumpla con su cometido en el Estado de Derecho, tal y como lo expresa Radbruch: “No es el bien común el fin supremo del derecho, sino la justicia. El bien común es sólo el fin del derecho.”

En la pugna entre el Estado de Derecho y el Estado de Justicia, en nuestro ordenamiento jurídico, prima el primero, a pesar de que en la Carta Constitucional de 1991 el Estado de Derecho esté fundamentado por el concepto de “lo social”. El Estatuto Constitucional declara que el Estado Nacional es de Derecho, cabe decir, según el artículo 13, que todas las personas son iguales frente a la ley.

La ley en el Estado de Derecho no puede garantizar la eficacia de la justicia para todos los casos controvertidos, por estar sujeta a múltiples condicionamientos que debilitan el sentido. La ley como norma jurídica regula la convivencia social, o sea, gobierna a los individuos del conglomerado, rigiendo los comportamientos y sujetando a todos a la obediencia. Esto es contrario al planteamiento de un “jusnaturalista”, para el cual el derecho positivo debe obedecer al derecho natural. Para él, debería primar la justicia antes que el derecho positivo. Lo que en palabras de Agustín sería el estar con la ley, y no bajo la ley<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura económica, 1997. P. 94

<sup>2</sup> PRZYWARA, Erich. *San Agustín, Perfil Humano y Religioso*. Ed. Cristiandad, Madrid, 1984. P. 355

Contrario al anterior planteamiento está la ideología “juspositivista”, que dice: “dura lex sed lex”, siendo ésta la única alternativa para dar solución a un problema socio-jurídico, quitándole toda oportunidad de juicio a la justicia natural. El único derecho verdadero sería el derecho positivo del estado de derecho, desplazando al estado de justicia a constituirse como una teoría filosófica crítica del derecho y de la justicia. Conclusión que se asume en el entendido de que la justicia está más allá del derecho.

Con base en el Derecho natural, en tanto que teoría crítica del Derecho positivo, se evidencia cómo se presenta inmediatamente un conflicto entre ley y justicia. Es en este punto donde se plantean directamente el roce y las diferencias conflictivas entre ambos conceptos. Lo que significaría que el Derecho sería justo cuando esté de acuerdo con la justicia, es decir, cuando vele y cumpla con los Derechos Humanos fundamentales, pues la justicia como tal no puede estar al margen del hombre y de la satisfacción de sus necesidades vitales que dan origen a la dignidad del hombre.

La base y el fin del derecho es la justicia y ésta le debe servir al hombre. Es decir, el estado de derecho se organiza para garantizar y defender la justicia que debe reinar para todos los hombres que lo integran. La ley es mediadora de la justicia, sin ser la misma justicia. Sin embargo, en la realidad del estado de derecho prevalece la norma sobre la justicia. Aquella lleva consigo la justicia, a la que supuestamente debería representar, y ésta queda reducida a lo que dictamina la ley escrita sin importar si fue justa en el caso solucionado.

En conclusión, hay una pugna y divorcio entre el Estado de derecho y el Estado de justicia, afirmando que si existe el recurso de casación es porque en la práctica de las relaciones sociales de justicia en el Estado de Derecho, en muchos casos, no se cumple con el cometido de la justicia, ni en el pronunciamiento de los fallos judiciales, ni en el ejercicio de la satisfacción de la necesidades básicas vitales de los asociados para su dignidad humana. No se pierda de vista el carácter antropocéntrico del derecho planteado en el artículo primero de la Carta, con lo que se concluye la argumentación final de la administración de justicia como siendo la satisfacción de la garantía de la totalidad de los derechos fundamentales, dentro de los que se cuentan el debido proceso, la igualdad, la libertad, entre otros: los mismos de permanente movimiento al interior de los procesos penales en forma de rito, etapas, decisiones, providencias, debate, etc.

#### **4. LA CONTRADICCIÓN: PREVALENCIA DEL ESTADO DE DERECHO SOBRE EL ESTADO DE JUSTICIA**

Se puede establecer que las leyes del Estado democrático de Derecho velan por el respeto a los derechos fundamentales de los hombres y, por consiguiente, que el derecho positivo del Estado de Derecho es siempre justo, evitando la posibilidad de la existencia de una confrontación entre ley-justicia. Que el Estado de Derecho vele por la dignidad humana es una garantía en el marco constitucional. Por ello es que el Estado, no sólo tiene el apelativo de “Derecho”, sino que ha codificado otros calificativos que sugieren un imperio de justicia, como “democracia”, “social”, entre otros. Sin embargo, las cosas cambian radicalmente cuando se trata de analizar y cuantificar la realidad vital de los hombres que están protegidos por el derecho positivo.

Si el fin supremo del Derecho es la justicia y el sólo fin el bien común, en el Estado de Derecho Nacional hay una contradicción relevante entre el Estado de Derecho y el Estado de justicia. Colombia pertenece al bloque de los Estados liberales, dentro de la visión de la “dependencia”. Dentro del presupuesto del Estado Social de Derecho la dignidad humana está legitimada porque implica que la ley es idéntica a la justicia, y la autoridad se constituye para preservarla.

Pero en la convivencia de los individuos que conforman el Estado de Derecho hay tajantes diferencias que llevan a sugerir el predominio de la injusticia sobre la justicia, sobre todo en lo relativo a la aplicación de los derechos humanos fundamentales, sin tener en cuenta la ejecución de la justicia de los jueces en los casos concretos. Aunque, es de suyo, que la justicia proferida por los jueces y magistrados tiene que ver directamente con la cuestión de la dignidad humana referida a la violación de los derechos humanos.

Las diferencias de clase social, la mala distribución de las riquezas y de los ingresos hacen que en la realidad social del país la justicia esté al margen de lo que propone el Estado Social de Derecho en su versión Constitucional. Por ello, es preciso hacer un estudio detallado de cómo poder hacer que exista justicia en el Estado Social de Derecho. Habría que recurrir al planteamiento teórico de Rawls para acometer la tarea de implementar la justicia en la vida real del país. Entre otros aspectos podemos tomar este: “Nadie merece beneficiarse de sus capacidades naturales, pero no es injusto permitir tales beneficios cuando resultan ventajosos para aquellos menos afortunados en la “lotería natural”. Personas con mayores aptitudes no merecen las ventajas que tienen sus mejores expectativas, pues serán justas sí y sólo si funcionan integradas dentro de un esquema que mejore las expectativas de los menos favorecidos”<sup>3</sup>.

Lo que significa que el Estado Social de Derecho basa sus leyes jurídicas en el derecho natural (en la justicia como tal) y siempre vela por el respeto a los derechos humanos fundamentales. Pero que en la práctica social las cosas cambian radicalmente por acción de los mismos hombres que se encargan de manipular las leyes en su interés y beneficio, con base en sus capacidades naturales o mayores aptitudes, contradiciendo lo que está formulado en el marco legal (justicia-igualdad-libertad) para todos. Lo que significa también un puente común entre el “jusnaturalismo” y el “juspositivismo”, en el sentido de expresar que las leyes se crean, entre otras cosas, para establecer normas fijas, que rijan el comportamiento de los individuos de la sociedad, atendiendo a la necesidad de la existencia de la justicia. Es decir, la ley está en la Constitución porque antes de ser Derecho positivo (la Ley que es) era Derecho natural (la ley como tal) y también en virtud de quedar registrada en Derecho escrito. Por ello, el Derecho positivo nace de la necesidad de hacer patente el Derecho natural para manifestar la justicia en la letra y proteger los derechos fundamentales de los hombres. Pero el Derecho positivo pasa a ser manipulado por el mismo hombre que lo somete a su criterio personalista y egoísta para sacarle provecho individual, en virtud de sus capacidades naturales y mayores aptitudes, sembrando con ello la desigualdad y la injusticia sociales. En términos sociológicos la mata de la corrupción en todos los órdenes. Esquema propio de la relación de supra a subordinación, latente en la Colonia y en los textos constitucionales conservadores.

Entonces, en el plano del Estado Social de Derecho y el Estado de justicia aparece la contradicción que se patenta en la injusticia social, y que promulga el criterio de hacer más énfasis en el Derecho que en las necesidades vitales de la dignidad humana, frente a lo cual

<sup>3</sup> RAWLS. *Teoría de la Justicia*. Op. Cit. P. 102

se puede decir: “Importan más las necesidades que las normas. El abogado debe prestar más atención a las tendencias sociales que a las valoraciones establecidas por el Derecho dado”<sup>4</sup> Los hombres con mayores capacidades desvían el fin supremo del Estado de Derecho (la justicia), contra la dignificación de los individuos del Estado, para apropiarse de los beneficios de la justicia en su propio provecho, generando las injusticias que reproducen no pocas guerras, violencia, discriminación y hambre. La justicia que es la razón de ser del Estado de Derecho se convierte para muchos en un ente con el cual se tienen que enfrentar para defender su dignidad como seres humanos, debido a la concentración de las riquezas y los privilegios en manos de unos pocos y el desfavorecimiento que el Estado de Derecho permite para las mayorías.

Desde el plano de un juspositivismo radical, en el Estado de Derecho la justicia como tal desaparece y todo queda bajo el imperio de la ley, tal y como lo dictamina Kelsen: “pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia. Es decir, que el conocimiento del derecho, la exposición del mismo, el análisis de su estructura, la definición de los conceptos necesarios para su concepción y su interpretación científica -tal como corresponde a la esencia de toda ciencia- debe ser estrictamente objetivo y por lo tanto no puede estar influenciado por los juicios de valor del sujeto que conoce el derecho; y estos juicios de valor tienen siempre un carácter emocional subjetivo... La justicia es esencialmente un valor absoluto y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá del conocimiento científico racional”<sup>5</sup> En este caso, no sólo se elimina el Estado de justicia, pues se deja que la justicia dependa exclusivamente del ordenamiento jurídico, sino que permite el favorecimiento de los más aptos (como en el caso de arriba), generando en los Estados liberales las diferencias sociales que producen las escisiones críticas en el sistema del Estado de Derecho.

Por otro lado, la norma por la norma, la ley por la ley, desconociendo la justicia que les da origen, es un punto de vista limitado y limitante de la dignidad del hombre. Por el hecho de que la justicia esté en el plano de la “meta-ética” no significa que no esté al servicio del hombre y que debe primar sobre cualquier condición humana de aptitud o de capacidad.

En conclusión se puede inferir que las dos posiciones arriba anotadas son las que hacen que el Estado de Derecho prevalezca sobre el Estado de justicia. Es decir, que el Estado de Derecho por mandato de la ley permite que los más aptos y con mejores condiciones dobleguen la justicia para su beneficio particular; o que, la justicia sea un simple resultado del ordenamiento jurídico, sin que se tenga como referencia la dignidad del hombre, respondiendo a la falibilidad de los jueces y a la manipulación de la ley por el poder, el dinero, la influencia, entre otros, concretándose las causales del mundo de la injusticia que impera en el Estado liberal dependiente colombiano.

Además, la contradicción entre el Estado de Derecho y el Estado de Justicia y por sobre todo el predominio del primero sobre el segundo es, sin duda, la causa generadora del recurso extraordinario de la casación. En otras palabras, la Constitución actual a diferencia de la de 1886 permite colegir que: “los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso”. Planteamiento de suyo aclaratorio de la sinonimia entre “social” y “justicia” como quedó explicitado en nuestro trabajo de tesina que nos permitió en la Universidad la Gran Colombia obtener el título de especialista en casación penal. El tema que nos apasiona y erige paulatinamente la consolidación de un sueño, la de ser Magistrado de la Sala Penal de la

4 ROJAS G., Germán. *Introducción al estudio del derecho*. Bogotá: Librería el Profesional, 1981. P. 175.

5 KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Barcelona: Ariel, 1972.

Corte Suprema de Justicia, a la que pertenecieron nuestros maestros Alfonso Reyes Echandía, Emiro Sandoval Huertas y Ricardo Medina Moyano, vilmente arrancados a la sociedad por la intolerancia, el capricho y la soberbia de la criminalidad expresada en los lamentables sucesos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985. De tal manera que un Estado Social de Derecho se concibe a partir de la idea de la justicia referida a lo social. Lo social en sentido colectivo, pluralista. De todos con todos para todos por todos. Proposición ajena a la Colonia, por ende a la Constitución de 1886, cuya prevalencia aupaba la mera legalidad.

##### 5. UNA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN: LA HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Rawls, ante la injusticia reinante en los Estados liberales, propone una solución que se resume en el concepto de lo que es un Estado liberal igualitario, con una posible aplicación en el Estado Social de Derecho colombiano, así: “Nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su clase o estatus social, nadie conoce tampoco cuál es su suerte con respecto a la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondría incluso que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se esconden detrás de un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del natural azar o de la contingencia de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos se hallan en la misma situación y que nadie es capaz de precisar principios que favorezcan su condición particular, los principios de justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo”<sup>6</sup>.

Desde la concepción marxista se diría con respecto al planteamiento rawlsiano que sería un socialismo utópico insertado en el Estado liberal, y se contrarrestaría la posición asegurando que el camino de la creación de un Estado justo sería mediante la abolición de la propiedad privada, que es la que origina todos los males, las injusticias y las alienaciones, y que es la apetecida por los más aptos y los que están en mejores condiciones, así: “A esta propiedad privada moderna corresponde el Estado moderno... El Estado sólo existe en función de la propiedad privada... Como el Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes”<sup>7</sup>.

Si se trata de Dworkin, se puede decir que antes de que se estructure el Estado de Derecho hay en toda comunidad una serie de principios éticos que permiten que ella exista como tal y que, cada individuo tiene, previamente, en los acuerdos grupales, una base ética, una concepción de bien y de justicia que permiten la cooperación y el sentido de establecer una sociedad organizada. Sin embargo, tales principios éticos de bien y de justicia no son inmanentes al ser humano, sino que brotan espontáneamente de los acuerdos que se dan en la medida en que necesitan unirse para vivir en comunidad, y al respecto expresa:

*“Somos, por tanto, conscientes de vivir en común y de comportarnos con tolerancia y solidaridad, por nuestros propios principios éticos. Tenemos ciertos parámetros en los que nos movemos, entre ellos destacan los “recursos”, que cuando están distribuidos de forma justa, nos permiten una buena vida. Aquí también la “justicia” es un parámetro, ya que sin justicia se vive peor. Son referentes que conforman nuestra vida. Los recursos distribuidos*

6 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Op. Cit. P. 130.

7 MARX, Carlos y ENGELS, Federico. La Ideología Alemana. Ideas. P. 75

*igualmente hacen que haya justicia; y sin justicia no hay vida adecuada. Esta igualdad, podríamos considerar que es perfecta cuando se pasa el “test de la envidia”, donde nadie cambiaría sus recursos por los de otro, porque ya estaría satisfecho”<sup>8</sup>.*

Para Dworkin la ética y la justicia están relacionadas; y no hay justicia sin una distribución igualitaria de los recursos que dependen de los principios que cada individuo tenga y de la vida que quiera llevar, estando consciente de que vive en una comunidad. La ética y la justicia fundamentan la política, y no viceversa, como se da en los Estados liberales siguiendo la posición de filósofos y moralistas. Estos definen la justicia como un principio abstracto que no tiene contacto con la vida ética personal de los individuos. La solución Dworkiniana también ayudaría a mejorar la convivencia pacífica y justa del Estado de Derecho.

Desde otra alternativa de solución estaría la humanización de la justicia en el Estado Social de Derecho. En esta perspectiva hay que tener en cuenta varios factores como, por ejemplo, que lo humano tiene que ver directamente con el grado de conceptualización que un hombre tenga de otro y del trato que le brinde. Si se es capaz de concebir y de tratar a otro ser de la misma especie como ser humano, en ello radica el grado de humanización a la que se ha ascendido.

Se puede afirmar que el propósito del Derecho es la justicia y de ella la justicia social. De esta última deviene la humanización, la dignidad humana y el reconocimiento real de los derechos humanos fundamentales, así como los deberes, individuales, familiares y sociales.

El hombre es la síntesis de la naturaleza, porque en su cuerpo físico se mezclan, de una u otra forma, los seres minerales, vegetales y animales, al igual que el mundo físico-químico-espacial y temporal. Su pensamiento es también síntesis del conocimiento, de la cognición del pasado y el presente. Es, en suma, el ser supremo de la naturaleza. Pero, a su vez, es un cúmulo de necesidades que deben satisfacerse continuamente para sobrevivir y aumentar su condición genérica en la naturaleza. En el proceso de su historia, de ir de lo inferior a lo superior, de lo conocido a lo desconocido, y para satisfacer la necesidad insaciable de conocer la verdad total, ha creado, gracias a su trabajo físico e intelectual, no pocas concepciones del mundo, el hombre y el pensamiento. Con ello ha podido sobrevivir, transformar su realidad existente, conocer y dominar leyes naturales y tolerarse mutuamente en la convivencia con los otros. Ha generado un mundo de poder científico-técnico, en donde la máquina y la fuerza atómica se enseñorean. Ha evolucionado en distintos tipos de sociedades. Ha creado diversas concepciones religiosas y mil cosas más. Todo por supuesto con los efectos provenientes del manejo de las prioridades contenidas en los postulados constitucionales.

El hombre es un producto de la naturaleza y a ella regresa al final de sus días, y con ella mantiene un lazo indisoluble, que le permite satisfacerse y desarrollarse históricamente. Por su condición en la naturaleza, el hombre es el creador por excelencia: y si es el padre de la ciencia, de las ciencias, la técnica, la filosofía, el arte, la religión, la axiología, entre otras, es también el hacedor de la justicia material y de todas las formas de justicia que han tenido su existencia en el espacio y el tiempo. Ya se dijo que éstas dependían de las grandes concepciones religiosas-filosóficas y jurídicas, que son de suyo, generación de su creatividad. El hombre es pura creatividad y todo lo que hace lo hace para su servicio, y, desde luego, siempre a su favor.

---

8 DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993. P. 57.

Uno de los grandes fenómenos que oscurecen y hacen olvidar la condición suprema del hombre es la alienación o el extrañamiento y dominación, que lo producido por él ejerce sobre él mismo. Crea la máquina y esta se vuelve extraña y lo domina. Crea la religión para satisfacer necesidades espirituales y de encuentro consigo mismo, y luego la desvía de su norte y así ella termina convirtiendo a su gestor en traicionero de los principios inspiradores, en tanto un utilitarista material de la religión para su provecho en detrimento de los demás. Crea sistemas jurídicos y estos se vuelven contra él. Crea alimentos, medicinas, viviendas, escuelas, entre otras, y todo se vuelve extraño y se opone a él. El hombre (todos) no quiere darse cuenta de que la naturaleza y todos sus productos están para servirle y satisfacerle, y no, al contrario, que él se doblegue, se incline y se deje manipular por ellos. En especial cuando el sistema jurídico no admite racional y lógicamente los cambios necesarios para tal humanización de los derechos, tal y como ocurre en nuestra historia desde la Colonia. El Derecho pareció convertirse en el primer aliado de las desventuras ciudadanas, debido al esquema de las políticas de exterminio y el fútil contra-discurso.

En el caso que se trata, cabe decir, que todas las teorías de la justicia tienen su verdad y su razón de ser en sí mismas, dependiendo de la cosmovisión de donde han emanado. Le han servido al hombre y lo seguirán haciendo, con los correspondientes cambios, iluminados por los individuos que la cuestionan. Sin embargo, no se puede afirmar que ésta u otra concepción sobre la justicia sean la primera o la última, sino que son teorías que en su momento y como parte de un todo, ayudaron al quehacer humano, en sus múltiples relaciones. Es así que no se puede sostener que la teoría marxista de la justicia o la kelsiana o la psicológica o la religiosa, sean, por sí mismas, la verdad de la justicia, sino más bien, apartes que se integran a un todo, que todavía no se da. Lo que sí es cierto es que ellas cuatro comulgan con la búsqueda de la humanización de la justicia. Y cuando se habla en este contexto hay que tener en cuenta: a) Que el hombre es el formulador de las teorías de la justicia, b) Que la justicia enunciada por el hombre no se debe volver extraña a su formulador, c) Que la teoría de la justicia está al servicio del hombre y no éste al servicio de ella, d) La justicia debe girar en torno al hombre y no él en torno de ella y e) El hombre debe ser la fuente y el fin de la justicia.

Para Marx, la justicia hay que lograrla de abajo hacia arriba, o sea, desde la misma realidad socio-económica hacia sus reflejos racionales: “No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia”<sup>9</sup>.

Para Kelsen, la justicia se da en un Estado democrático, libre y por sobre todo, tolerante. Ataca a Marx -quien afirmó que el Estado burgués se extinguía una vez que desaparecieran las clases sociales que lo forman: propietarios y no propietarios, explotados y explotadores-, acusándolo de abogar por un ideal anarquista sin Estado, con una sociedad libre de coacción y de conflictos, y afirmando que, en tal sociedad futura, también se presentarían los problemas de índole religiosa, estética, síquica, entre otros.

La aplicación de la justicia humanizada debe ser tratada según el planteamiento de Hart en su crítica al “jusmoralismo” de Dworkin, para así tener un contenido moral humano, en el que el hombre está por encima de la ley, y no ella por encima del hombre y su necesidad de justicia, en los casos difíciles en los que el juez debe aplicar su discrecionalidad y los juicios de valor moral en la interpretación de la ley, cuando ésta no corresponde directamente al asunto considerado o cuando hay una laguna jurídica. Expresa, obviamente en desacuerdo con Dworkin:

<sup>9</sup> MARX y ENGELS. *La Ideología Alemana. Ideas. P. 21.*

*“En efecto, sostiene que lo que es incompleto no es el Derecho sino la versión que de él ofrecen los positivistas, y que esto es así resultará evidente de su propia explicación “interpretativa” del Derecho como algo que incluye, además del Derecho “explícito” establecido e identificado por referencia a sus fuentes sociales, principios jurídicos “implícitos” que son aquellos que mejor se adecúan o son más coherentes con el derecho explícito y suministran su mejor justificación. Desde este punto de vista interpretativo, el juez nunca tiene ocasión de apartarse del Derecho y ejercer la facultad de creación de Derecho para llegar a una decisión. Es entonces a estos principios implícitos, junto con sus dimensiones morales, a los que debe recurrir el juez en aquellos “casos difíciles” en los que las fuentes sociales del Derecho no determinan la decisión”<sup>10</sup>.*

El concepto de justicia debe ser el compendio de sus elementos, como lo son: la liberación del hombre de sus cadenas socio-económicas, porque sería cuestionable que si el Estado no garantiza la satisfacción de las necesidades básicas de uno de sus ciudadanos, pueda castigarlo por haber hurtado para comer; la coacción de un orden jurídico establecido, basado en una normatividad jurídica racional y lógica, en donde la justicia prime sobre el Estado de Derecho; la irracionalidad jurídica; la religión politizada o instrumentalizada por medio de moralismos ayunos de ética, la democracia, la libertad, la tolerancia, entre otras, no tomados como totalidades cada uno de los mismos cual tratándose de destruir entre sí, sino como subsistemas que tienden a un fin único: la realización de la justicia humana. Sólo así entre el Estado de Derecho y el Estado de Justicia no existiría una pugna o una predominancia, sino una integración lograda por la humanización de la justicia, y el recurso extraordinario de justicia en la forma de casación tendría una connotación diferente.

Lamentablemente en la historia de Colombia ocurrió que:

*“El siglo XX hereda una economía arruinada con hiperinflación producto de las guerras del siglo XIX, aislada del mundo, con una cruenta guerra civil (guerra de los mil días), perdiendo una de sus regiones más ricas (Panamá), con una sociedad analfabeta, rural, desintegrada regionalmente y con unas instituciones políticas económicas y sociales precarias, que eran más la expresión de un mundo premoderno colonial y no la muestra de una sociedad con una cultura política preparada para recibir el siglo del progreso y el desarrollo, coexistiendo elementos tradicionales y modernos sin un sistema jurídico en condiciones para proporcionar la legitimización del poder político; este sistema colombiano “es más la coexistencia, por momentos incómodos, de elementos tradicionales y elementos considerados modernos, presentándose una acomodación de posturas modernas en el seno de una sociedad con prácticas tradicionales, originando en Colombia una situación de cuasi-permanente ingobernabilidad, que algunas coyunturas como lo muestra la historia política la vuelven problemática, adquiriendo en esos períodos de crisis de gobernabilidad”<sup>12</sup>.*

Dentro de este concierto de cosas resulta interesante hacer la propuesta de recuperación de la identidad de parte de aquellos conquistados, es decir, el retorno del Derecho propio,

<sup>10</sup> HART, Herbert L.A. y DWORKIN, Ronald. *La Decisión Judicial, Poscriptum*. Bogotá: Siglo del hombre, 1997.

<sup>11</sup> KALMANOVITZ, Salomón. *Las instituciones económicas en el siglo XX*. Bogotá: Cambio, 2001. P. 1-5.

<sup>12</sup> VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. *Hacia una gobernabilidad democrática en Colombia al final del siglo, en: constitución, gobernabilidad y poder*. Bogotá: Unibiblos, 1996. P. 18-19.

el nuestro, la valoración de la dignidad de los ofendidos y la revaloración de las víctimas por los conflictos políticos y la libertad de los perseguidos. Despojarnos de lo inexistente que se nos llevó a ver, para cantar con alegría a la vida y a la esperanza que son las únicas fuentes de verdadera racionalidad en los seres humanos. Porque a fin de cuentas todo conocimiento tiene su particular interés; y el hecho de que se hayan mezclado en la historia la moral con la religión, provocando lo mismo entre lo jurídico y lo político, llevando a los nativos de esta parte del orbe a la confusión de los conceptos de ley y justicia, diferente a avergonzarlos más por lo vivido, debe conducirnos más bien a superarnos a través de los ejercicios de remembranza con sentido de progreso y búsqueda incansable de la erradicación de los factores por cuya vigencia, a lo largo de los tiempos, se nos ha seguido maltratando, ultrajando y repudiando. Algo triste, entre nosotros mismos.

Las bases de nuestra República no fueron reflexivamente fundamentadas, y de ello no se salvó la casación, en la medida en que cuando no se garantiza la libertad individual a los sujetos a través del normado, ellos permanecen esclavos y ávidos de justicia. En Colombia y con la Constitución de 1821, al no decretarse la total libertad de los esclavos, tal concepción en vez de organizar un nuevo orden, protector de derechos y garantías, perpetuó el antiguo, es decir, la Colonia, el cual se oponía y luchaba contra la Revolución. Hecho éste del que surgió históricamente la casación en Francia, entendiendo claramente el derecho a la igualdad, la hermandad y la fraternidad. Caso particular el nuestro, en el que resulta evidente la tardanza en la genuina aplicación del recurso. Por el ámbito de nuestra cultura fue necesario el paso de dos siglos para entender la casación como una garantía de derechos, y no solo como una protección legal, proveniente de la tradición. Aquélla en la que por sus límites no afanaba la reflexión filosófica, dando al traste con los derechos que hoy por hoy son la base, el fundamento, la lógica y la razón de ser con sentido de la administración de justicia.

Por nuestro pueblo nativo, una justicia con Derecho descolonizado. O sea uno libre, genuino y concordante con el discurso racional e integral.

## CONCLUSIONES

El haber apartado la filosofía del estudio del Derecho fue el peor error cometido por el hombre jurídico, pues si se hace la salvedad de que algunos filósofos contribuyeron con alguna eficacia para que con sus aportes se mantuvieran aparentemente justificados regímenes violatorios sistemáticos de todos los derechos de todos los hombres, ello es la más clara muestra del aislamiento de la filosofía del Derecho.

En efecto la filosofía cuenta con insustituibles e indestronables sinónimos que la deben acompañar en sus aventuras intelectuales, tales los casos de la libertad y la grandeza de quien la habita como actividad diaria.

Los derechos fundamentales como el punto referente del Derecho en gran parte de los países del mundo, actualmente, dejan pues al descubierto el abuso que regía cuando la expresión del pensamiento jurídico positivista consistió en: “la ley es la ley”, lo que constituyó la arbitrariedad legal en derecho supra-legal. De ahí la conversión de dictadores, autoritaristas y absolutistas en jueces supremos. Porción triste de la historia de la humanidad, por decir lo menos.

Con base en lo anterior, la teoría del discurso racional, como teoría de la fundamentación jurídica, surge como una expresión no reglada de la argumentación, reveladora de la libertad del derecho en cuyo ámbito las garantías y los derechos que le devienen naturales al sujeto, no

naturalistas, marcan la pauta y hasta el mismo freno al Derecho de aquella condición limitada que lo hacía esclavo y esclavizador, para convertirlo, por fin, en ciencia capaz de sortear de la mejor manera los asuntos que van delineando los nuevos nortes del hombre frente al mundo. Porque si se recuerda la génesis del positivismo jurídico como condición restauradora del hombre frente a la vida, a partir del reconocimiento escrito de algunos derechos, es apodíctico de que en realidad la base presupuestal del mismo no se confeccionó con arreglo a la visión sobre una totalidad, sino de cara a una parcialidad o parte del asunto. Ese evidente hueco es el que sin duda llenan, siquiera teóricamente, las nuevas visiones sobre el Derecho, su sentido y su razón de ser. Hablar de los derechos fundamentales, su custodia, su protección, su real garantía, y sobre todo su permanente y serio reconocimiento, es aplicar la anterior crítica en su conjunto. Lo cual resultaría imposible si no fuera a través de la humanización de la justicia en el Estado de Derecho. Para el caso nuestro el de la forma del Estado Social.

Así, conciliamos con la reflexión la discordia que venían sosteniendo el Estado de Justicia con el Estado de Derecho, haciendo víctimas permanentes de los abusos y las indebidas interpretaciones a los destinatarios de las decisiones. En definitiva nos parece que todo ello explicita el radiante atuendo con el que revestida refluye la casación en nuestro sistema jurídico a partir de 1991. De manera que los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso, pues con este apotegma orientador fue como la Corte, sin desistir de la importancia que merece el principio de legalidad, adornó y enriqueció su jurisprudencia con los símbolos filosóficos de la deontología, que son presupuesto de la justicia material bien entendida y comprendida.

El volver a la filosofía es proveer al Derecho de lo necesario para su científica existencia, en medio de los cambios que reclaman valoraciones justificadas y fundamentadas de nuestros administradores de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia 1991.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Colciencias, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós, 1993.
- FIERRO MENDEZ, Heliodoro. La Casación Penal. Bogotá: Leyer, 2001.
- HART, Herbert L.A. y DWORKIN, Ronald. La Decisión Judicial, Poscriptum. Bogotá: Siglo del hombre, 1997.
- KALMANOVITZ, Salomón. Las instituciones económicas en el siglo XX. Bogotá: Cambio, 2001.
- Kelsen, Hans. ¿Qué es la Justicia? Barcelona: Ariel, 1972.
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico. La Ideología Alemana. Ideas.
- PRZYWARA, Erich. San Agustín, Perfil Humano y Religioso. Ed. Cristiandad, Madrid, 1984.
- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- REYES BELTRÁN. El mito en Latinoamérica y Colombia. Una mirada hermenéutica a la cultura política en Latinoamérica y Colombia.
- ROJAS G., Germán. Introducción al estudio del derecho. Bogotá: Librería el Profesional, 1981.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. Hacia una gobernabilidad democrática en Colombia al final del siglo, en: constitución, gobernabilidad y poder. Bogotá: Unibiblos, 1996.