

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ROL SOCIAL DEL JUEZ¹

German Silva Garcia²

El calendario marca ya diez años de la vigencia o expedición de la última Constitución Política adoptada en Colombia, motivo que, por demás, ha convocado distintos eventos conmemorativos. Empero, más allá de la cronología del texto constitucional, en este trabajo se intentará de manera breve problematizar sobre la vigencia de la Constitución. Discutir acerca de la vigencia de la Constitución, esto es, acerca de su aplicación, de la realización de sus principios, no sólo sobre su validez formal, puede ser un buen comienzo para recorrer un trayecto encaminado a reflexionar sobre el papel social, político y jurídico del juez en la sociedad colombiana contemporánea.

Al cuestionar la vigencia no se alude a la existencia, dentro del territorio de la nación colombiana, de vastas zonas bajo el control de grupos armados de la subversión de extrema, ora de izquierda o de derecha, donde ciertamente la Constitución Política no está vigente. El anterior es un caso bastante evidente, aunque no menos desafortunado. Inclusive, no muy lejos, en Bogotá, se encuentran áreas donde la Constitución es ignorada o inaplicada. Empero, sin que deban olvidarse tales situaciones, no serán ellas las comprendidas en el análisis inmerso en estas páginas, que se referirá a los espacios en los cuales la Constitución es reconocida e, igualmente, a aquellos donde las formas que asumen sus preceptos en la práctica social resultan

-
1. Ponencia preparada en marzo de 2001 como contribución al congreso en el que se conmemoran los 10 años de aprobación de la Constitución Política de Colombia.
 2. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Ciencias Penales en esa misma casa de estudios, master en sistema penal y problemas sociales y doctor en sociología de la Universidad de Barcelona, profesor de la Universidad Externado de Colombia.

de importancia e interés. Así mismo, toda Constitución representa siempre un proyecto político de sociedad en vías de construcción, luego es corriente que muchos de sus postulados o mandatos no hayan alcanzado concreción material, con lo cual se advierte que estos eventos no expresan tampoco el tipo de ineficacia que se desea abordar.

Al abrir el debate acerca de la vigencia o eficacia de la Constitución, desde un punto de vista material, se pretende tocar dos grandes temas centrados en el ámbito de lo penal. El primero, la concordancia de algunos desarrollos legales con los preceptos constitucionales. El siguiente, la presencia de corrientes en la práctica jurídica colombiana muy dispares en cuanto a las bases ideológicas y las fuentes jurídicas que emplean. Para el efecto, en ambos casos, se ha recurrido a datos y análisis contenidos en la investigación sociojurídica publicada en el libro, de este autor, *El mundo real de los abogados y de la justicia*³, para con ellos inspeccionar la eficacia de la Constitución y, en seguida, desembocar en el tema del rol del juez.

Al observar las características del sistema procesal penal colombiano, indistintamente el aprobado después de la Constitución de 1991 o el que empieza a regir en 2001 (son en esencia iguales), se descubre la enorme paradoja que representa, se diría incluso el auténtico absurdo que contiene. Puede recordarse que una de las principales razones que legitimaron el proceso de transformación de la escena constitucional del país, sino la más importante, fue la reforma a la administración de justicia penal la cual, supuestamente, iba a ser objeto de una revolución a fondo con la introducción del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, mejor conocido como sistema procesal mixto moderno. Sin embargo, a la postre, el desarrollo legal de las normas constitucionales fue conducido por la ruta de la expedición de sendos códigos de procedimiento penal de tendencia inquisitiva. De allí que se llame paradoja, cuando no absurdo, el que se hubiera transformado la Constitución de la nación so pretexto, entre otros argumentos, de introducir el sistema acusatorio, para que luego se acabara con un procedimiento penal, todavía, más inquisitivo que aquel que se poseía antes de la reforma constitucional. Claro, también debe reseñarse que, a pesar de la existencia de una estrategia política de reforma que pretendía establecer el sistema acusatorio y con la cual se había convencido a la opinión pública sobre la eficiencia que alcanzaría la justicia penal e, igualmente, haberse incorporado normas constitucionales que eran de pleno pertinentes para fundar un procedimiento penal de inclinación acusatoria, la legislación procesal penal que se ha dictado redujo todo a un estado de ineficacia, sin ninguna vigencia.

Lo curioso, que puede ser inclusive cómico, es que los colombianos han sido persuadidos en la creencia de que en la nación rige un sistema penal acusatorio. Las palabras, como bien se ha anotado, son capaces de crear realidades. Aquí, la mera

3. Publicado en cuatro tomos que corresponden a los títulos: La profesión jurídica (t. i); Las prácticas jurídicas (t. ii); La administración de justicia (t. iii), Las ideologías profesionales (t. iv).

fundación de la institución de la Fiscalía General de la Nación, entonces, el hablar de fiscales (normalmente asociados con el procedimiento acusatorio), al lado de las continuas alusiones a “nuestro sistema acusatorio”, han bastado para implantar con firmeza la idea de la existencia en el país de tal sistema. Es común observar no sólo a periodistas referirse al sistema acusatorio, supuestamente, introducido con la Constitución de 1991, a políticos que expresan su decepción sobre el dichoso sistema que no logró, a pesar de las múltiples expectativas, solucionar la problemática de la impunidad, sino sobre todo a abogados empleados en todas las ocupaciones jurídicas, tratar de distintos modos sobre el sistema acusatorio que tenemos.

Si Colombia es Macondo, y Macondo es el realismo mágico, no hay duda que acá la magia ha hecho de lo imaginario una realidad. En sociología, la misma cuestión ha sido denominada la construcción social de la realidad: las cosas no son una representación objetiva de fenómenos, sino resultado de las definiciones (subjetivas, obviamente) que se hacen de ellas. Nuestro sistema penal ha sido definido como acusatorio, luego es acusatorio. Con esa definición pueden defenderse varios supuestos: Colombia participa de las orientaciones más modernas y universales en materia penal; la legislación procesal penal es concordante con el texto constitucional y el proyecto político de reforma que lo animó. Sin embargo, ya ha sido dicho, en esta materia la ley ha burlado al proyecto constitucional, haciéndolo ineficaz. Varios dirán que se afronta uno de tantos mitos en los que ha vivido el país, otros usando las mismas letras, aunque trocadas de orden, afirmarán que, esto del sistema acusatorio, se trata de uno de los más grandes timos de la historia nacional.

De lo dicho una breve explicación. El sistema penal de tendencia acusatoria o mixto moderno, como es también conocido, se distingue por un conjunto de propiedades o principios. A ese respecto cabe enunciar los siguientes: 1. Oralidad; 2. Contradicción; 3. Concentración; 4. Inmediación de la Prueba; 5. Publicidad; 6. Instrucción y juicio separados; 7. Oportunidad; 8. Participación de jurado popular. Son, pues, siete principios que pueden ser considerados indicadores fieles de la presencia de un sistema acusatorio moderno. Desde luego, no hay un sistema acusatorio, sino versiones distintas del mismo, con variaciones de país a país. Con todo, puede considerarse que los cinco primeros principios mencionados son indispensables para que pueda hablarse con propiedad de un sistema penal mixto moderno. No ocurre lo mismo con el principio de oportunidad y la figura del jurado de conciencia, relevantes, pero no imprescindibles en la configuración del procedimiento acusatorio. Ahora, frente a los indicadores citados, el procedimiento penal colombiano sólo puede acreditar, además de manera muy parcial, la verificación de dos de ellos: la instrucción y juicio separados, junto al principio de contradicción.

La vigencia de los principios anteriores solamente puede ser predicada de la etapa del juicio, mientras que en la etapa de instrucción, la más importante dentro de los procedimientos que se precian de ser inquisitivos, como el colombiano, reniega de una y otra cualidad. De allí que pueda afirmarse la vigencia apenas parcial de los

indicadores comentados. Esto se comprueba al advertir que en la etapa de instrucción, el fiscal, de acuerdo a la ley procesal penal, tiene facultades jurisdiccionales, pudiendo tomar decisiones de fondo que afectan derechos fundamentales, tales como ordenar capturas o la detención preventiva del procesado, disponer allanamientos de domicilios o la interceptación de comunicaciones. Cuestión donde, previamente, debe considerarse que la separación de la instrucción del juicio no constituye sólo una división de etapas procesales, lo es en cuanto a la identidad de los funcionarios a cargo de cada fase, pero de modo especial representa una distinción sobre las atribuciones o poderes que respectivamente le corresponden al instructor y al juzgador. Entonces cuando ese instructor, en la etapa del sumario, posee poderosas facultades jurisdiccionales, que por su naturaleza pertenecen al juez, el principio examinado se ve derruido. Ello puede ser ilustrado anotando las implicaciones derivadas de las reglas de procedimiento existentes.

El fiscal tiene una competencia legal principal, la de investigar y acusar. Con todo, como ha sido apuntado, en ciertos momentos de la fase de investigación también obra como “juez”. En esas condiciones, obedeciendo primero a sus obligaciones como acusador el fiscal intentará obtener las evidencias y presentar los argumentos necesarios para detener, llevar a juicio y, de ser posible, condenar al procesado. En el curso del ejercicio de la tareas anteriores, en el rol de acusador, el funcionario empeñará sus mayores esfuerzos, presentado las propuestas acordes a la acusación (capturar, detener, allanar, interceptar, embargar, enjuiciar, condenar, etc.). Esto, en verdad, no tiene nada negativo o reprochable, ese es el papel del acusador siendo, por tanto, deseable. El problema surge al observar que ese funcionario, en el rol de acusador, no sólo propone medidas de control, sino que además decide sobre ellas, ya en el papel de cuasi-juez, siendo arte y parte en la causa. En pocas palabras, el fiscal al ponerse su camiseta de acusador intentará sostener, digamos a modo de ejemplo, la necesidad de la prisión preventiva del procesado, luego de lo cual, asumiendo la posición de juez deberá resolver sobre dicha hipótesis. En los términos explicados, es más probable que el fiscal atienda sus propios argumentos como acusador, que los esgrimidos por el defensor, pues apoyarlos sería como decir que el fiscal, o sea él, se equivocó o falló en su papel como acusador.

El asunto es todavía más complicado cuando se considera que el fiscal debe, supuestamente, investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, actitud que no puede asumir dada su posición de *status* como acusador, y los roles sociales que desempeña en razón a esa posición que interioriza. En realidad, el fiscal sólo investigará al procesado con la pretensión de obtener evidencias para acusarlo, y apenas rara vez obrará en favor del reo, esto con el efecto de romper con las expectativas de rol que recaen sobre él. La exigencia jurídica explicada equivale, gráficamente, a una situación en la cual el fiscal, apercibido de su camiseta de acusador, patea una pena máxima con toda la fuerza y colocación que puede imprimirle al balón, después de lo cual corre con toda la velocidad que le resulta posible, ya investido de sus atribuciones

para ver por los intereses del procesado, intentando atajar el *penalty*, pero casualmente nunca alcanza el balón, siempre anida en gol.

Después del cuadro descrito, debe quedar claro que durante la etapa de instrucción o del sumario el proceso penal colombiano no es contradictorio, no son dos sujetos procesales defendiendo la tesis de culpabilidad y la antítesis de inocencia, o viceversa, para que como producto de ese proceso dialéctico un tercero llamado juez, neutral e imparcial dentro de lo posible, tome una decisión que será la síntesis. No, la contradicción es inexistente, porque uno de los sujetos procesales es, a la vez, el juez que decide de fondo. Así, la distorsión del principio de separación de la instrucción del juicio, iterada de cara al principio de contradicción, concluye generando un procedimiento penal desequilibrado, injusto y arbitrario.

Frente a los restantes principios o indicadores enunciados del sistema acusatorio el panorama es del todo negativo. El procedimiento penal nacional es escrito en grado sumo. Los pocos momentos diseñados como orales son, en realidad, diligencias de dictado. Los funcionarios judiciales juzgan papeles y no personas, lo que conlleva a una conveniente deshumanización del procesado, en clave represiva, que como persona no existe. El proceso penal es acartonado y se burocratiza, rindiendo culto al formalismo jurídico.

La concentración de la prueba no existe. Las pruebas deberían de conducirse al proceso en la etapa del juicio, concentradas o acumuladas en sus audiencias, con evidente economía procesal, así como agilidad, pero además con auténtica intermediación en la prueba, otro de los principios cardinales. En contraste, el juez casi nunca ha conocido a los testigos (el testimonio es habitualmente la prueba reina de los juicios colombianos), ni obtenido contacto directo con la evidencia probatoria.

El proceso penal colombiano es semisecreto. Público, con poco sentido práctico, en la fase del juicio; secreto en la etapa de la instrucción, excepto para los sujetos procesales. Aunque la ley procesal se destaca por insistir en la publicidad, la norma que “protege” el principio está destinada a consagrar las “excepciones”, en verdad, las reglas de prohibición de la publicidad. Ese carácter semisecreto, oculto, del procedimiento penal colombiano coadyuva a esconder los errores y la corrupción, a evitar la participación y control ciudadano sobre la justicia, en definitiva, impide la transparencia que debería caracterizar, ser exigida, a todos los funcionarios del Estado y a sus actos. En comparación, el Fiscal General de la Nación intentó en su proyecto de Código Penal, aun cuando vanamente, la criminalización de la violación de la reserva del sumario.

Sobre las razones invocadas, de manera extraoficial, para negar el proceso mixto moderno en la vía legislativa, hay escasos o ningún registro. Recién aprobada la Constitución del 91 se alegó que ella misma había proscrito el procedimiento de tendencia acusatoria, pues según la opinión difundida, por demás bastante desatinada,

dicho proceso no garantizaba el derecho de defensa en la etapa de investigación fiscal, lo que era incompatible con el texto constitucional que la exigía para todo el proceso penal. Más tarde, los opositores al sistema mixto moderno sostuvieron que sus instituciones no eran viables en Colombia, no se adaptaban a su cultura, forma de ser o problemática específica, en otras palabras, remedando una frase ajena, de otras épocas, con ninguna originalidad, alegaban que no se podía legislar para Cundinamarca pensando en Dinamarca. Empero, por una parte, pocas, por no decir que ninguna de las instituciones del derecho colombiano es propia, todas ellas son copias simples o hábiles adaptaciones del derecho extranjero y, por otra parte, como ha dicho el maestro FERNANDO HINESTROSA, sospechosamente, parece que las instituciones foráneas que de modo específico se vinculan al desarrollo de la democracia no son, en particular, aplicables al trópico y, por ende, el progreso, la eficiencia, la democracia, no están reservadas para Colombia⁴.

Hay también quienes, recurriendo a los afanes punitivos de la población, procuran descalificar el procedimiento mixto moderno subrayando su supuesta magnanimidad con la criminalidad. En Argentina GUSTAVO COSACOV demostró el error de la aseveración, al comparar los resultados del, en ese entonces, sistema mixto de Córdoba con los del sistema inquisitivo de la Provincia de Buenos Aires⁵. En Colombia, una investigación empírica sobre la segunda instancia comprueba el enorme ahorro de energías y recursos que se alcanzarían con el procedimiento mixto moderno⁶.

Un tipo de proceso penal, en la etapa de instrucción, propio de la inquisición, no es democrático ni apto para dispensar justicia y combatir la criminalidad, tales cuestiones le resultan indiferentes. El proceso inquisitivo es un arma de la represión, del derecho penal máximo, transformado en instrumento para la acumulación y la concentración de poder. Por ejemplo, la Inquisición no fue para FELIPE II una herramienta en la defensa de la fe cristiana, sino un aparato represivo para garantizar la unificación de los territorios que hacían parte del reino de España, para la aniquilación de las minorías y los opositores, en suma un mecanismo destinado a incrementar su poder.

Aunque los temas sugeridos en el inicio de este escrito no remiten a considerar el rol social del fiscal en Colombia tendría que contemplarse brevemente su papel, por la repercusión que alcanza respecto de los roles a cargo de los jueces. Si el sistema procesal penal colombiano es de manera predominante inquisitivo, no tiene nada de extraño que los fiscales adopten el *status* de inquisidores y, por consiguiente, los roles sociales que corresponden a esa posición. Obviamente un sistema de justicia

4. FERNANDO HINESTROSA. "El derecho entre dos milenios: balance y perspectivas", en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

5. GUSTAVO COSACOV. *El mito de la no impunidad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1988.

6. GERMÁN SILVA GARCÍA. *Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

inquisitorial no es democrático, ni acorde con un proyecto de Estado Social de Derecho, como el que persigue la nación colombiana. En esta sede comparece el tema del rol social del juez, a quien, al menos con relación a este punto, le correspondería obrar como un contralor de las actuaciones fiscales, revisando de manera detenida y cuidadosa sus acciones para evitar las extralimitaciones de un poder que se ha salido de su cauce.

El segundo gran tema anunciado al comienzo de este escrito, sostiene como tesis que en el país concurren dos grandes vertientes de pensamiento, las cuales tienen como eje fundamental discursos ideológicos conservadores y liberales, que se traducen en formas dispares de interpretar la Constitución y las leyes. Debe verse que la Corte Constitucional en los últimos años ha aparecido dividida en correlaciones de fuerza que expresan esas dos grandes líneas de pensamiento, aunque los liberales dispondrían de una ascendencia ideológica superior y mayoría en la Corte. Así mismo, las corrientes anteriores expresan muy distintas percepciones sobre el valor y contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, respecto de los objetivos que pueden ser logrados por medio del derecho y la actividad de administrar justicia, como también acerca de las fuentes de derecho que deben ser preeminentes al momento de construir decisiones jurídicas. El fenómeno no es exclusivo de la Corte Constitucional, el mundo de los abogados en general se debate entre las dos tendencias enunciadas a muy grandes rasgos, inspirado en lo que ha sido la práctica jurídica emanada de la Corte Constitucional.

Para ilustrar el asunto es posible hacer una comparación entre la tendencia que ha sido mayoritaria en la Corte Constitucional, por una parte, y la representada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el otro extremo, donde los conservadores han mantenido una mayoría aplastante. Las posiciones jurisprudenciales de una y otra corporación han sido radicalmente diferentes y, por ello, son propicias para explicar en forma breve y ágil la tesis sostenida. A continuación algunos ejemplos.

La Corte Constitucional interpreta que los fiscales deben disponer de un grado de independencia análogo al de los jueces, pues como he dicho con insistencia, disponen de atribuciones judiciales en la etapa de instrucción. Para la Sala Penal de la Corte Suprema, en cambio, las instancias superiores de la Fiscalía General pueden intervenir en las actuaciones de sus integrantes. No sólo el principio constitucional de la independencia de la justicia resulta vulnerado, también el principio de la doble instancia es afectado.

La Sala Penal de la Corte Suprema ha interpretado en forma tal el principio constitucional relativo a la *reformatio in pejus*, la prohibición de agravar la situación del procesado cuando es único recurrente, que concluyó despojándolo de vigencia. Así, para la Corte Suprema, tales decisiones podrían ser modificadas cuando afecten el principio de legalidad. Obviamente, no hay decisión judicial que no tenga relación teórica con el principio de legalidad, luego por esa vía la prohibición comentada

puede tornarse absolutamente ineficaz. En la otra orilla, ha sido necesarios fallos de tutela para restaurar el principio de la *reformatio in pejus* y, con ello, para reivindicar la vigencia de la Constitución.

La Constitución establece la primacía de las normas sustanciales sobre las adjetivas, cuestión en torno a la cual la Corte Constitucional ha hecho varios pronunciamientos. Sin embargo, a la par es posible encontrar fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema en los cuales, por ejemplo, ha sostenido que una persona que tiene derecho a la libertad debe ser capturada, pues la libertad de la cual gozaba había sido concedida por una autoridad sin competencia.

Los mismos debates sobre la acción de tutela, su posible reforma, el alcance de sus fallos sobre decisiones judiciales, es un reflejo claro de las dos tendencias analizadas. Mientras unos colocan a las garantías fundamentales en el vértice del derecho que debe ser interpretado y aplicado, alineándose con la tutela, otros la consideran una institución poco importante, que coadyuva a congestionar el trabajo ordinario, que afecta la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

Los casos anteriores condensan las contradicciones que han concurrido a propósito de la salvaguarda de la Constitución, es decir, de las luchas por hacer eficaces sus principios. Tal cuestión, puede ser uno de los hitos centrales para definir el papel social, político y jurídico del juez en la sociedad colombiana actual. Esto significa desarrollar una labor acorde con la protección de las garantías y derechos constitucionales, precisamente, los que han sido puestos a prueba o combatidos por la corriente jurídica e ideológica criticada en los párrafos anteriores. Lo que no traduce, como interpretan algunos, es que la defensa de las garantías constitucionales lleva a la adopción de posiciones magnánimas frente a la criminalidad que favorecen la impunidad o, que en campos distintos al penal, comportan una renuncia a la ley y el orden. Los jueces son agentes del control social formal, el cual ejecutan por medio de la aplicación del derecho. La finalidad del control social radica en la preservación del orden social.

No obstante, la noción de mantenimiento del orden no comporta, de manera exclusiva, la idea de conservar la tranquilidad y la seguridad en las relaciones sociales, de modo simultáneo, comprende también el amparo y la realización de las garantías constitucionales. En pocas palabras, el concepto de orden social, al cual apuntan las reacciones del control, incorpora la seguridad social y las garantías políticas. Garantías tales como el acceso a la justicia, la legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia, etc., no son ajenas a la noción de orden, hacen parte de ella, son componentes del orden pretendido y delineado en la Constitución, al menos en un Estado social de derecho.

El primero de los temas planteados: las acciones y decisiones legislativas que condujeron a negar el proyecto de instauración de un sistema penal de tendencia

acusatoria, a pesar de la tarea que le había sido asignada a la reforma constitucional de 1991 en esa materia y, por otra parte, el segundo de los temas expuesto: las actividades y posturas jurisprudenciales que han contradicho el texto y espíritu de la Constitución Política, son idóneas para examinar el rol de los jueces en Colombia. Ya se apuntó, frente a la primera cuestión, que uno de los papeles que le corresponde al juez es el de controlar los excesos en que puedan incurrir los fiscales, en el contexto de un proceso penal de tendencia inquisitiva. Respecto de la segunda cuestión, se acaba de anotar, que le compete a los jueces el rol de proteger las garantías y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Empero, así mismo, ambas materias tocan de modo directo con la definición de Estado social de derecho que plantea la Constitución Política, cuya concepción debe orientar el desempeño de los roles judiciales.

Las decisiones arbitrarias de los fiscales para la imposición de medidas de aseguramiento, fundadas en el poder desmedido que les provee el sistema inquisitivo, tampoco las determinaciones judiciales que colocan las normas adjetivas por encima de las sustantivas, para citar dos casos, concuerdan con un entendimiento sobre un Estado que ejecuta sus atribuciones soportado en reglas jurídicas democráticas. A la par, el carácter social del Estado invita a la protección de los sectores sociales más vulnerables, es decir, aquellos con menos poder relativo, lo que no ocurriría cuando se omite el principio constitucional de la presunción de inocencia o cuando se obstruye o neutraliza el curso de las acciones de tutela, por demás, el procedimiento más efectivo para la defensa de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.

No deben ser los intereses corporativos los que deben definir los roles de los funcionarios judiciales. Al contrario, es indispensable colocar en lugar central a los justiciables, esto es, a todos aquellos ciudadanos que potencialmente pueden verse obligados a recurrir a la administración de justicia, ora como demandantes o demandados, ya como denunciantes o procesados. Por ende, es la defensa de los justiciables la razón que debe animar la comprensión de los roles que han de ejecutar los operadores judiciales, planteamiento que concuerda con los principios del interés público y del servicio social que han sido fijados para la profesión jurídica en Colombia. A su vez, dentro del grupo de los justiciables, especial atención merecen los sectores sociales vulnerables, pues ellos sólo cuentan con el derecho y la justicia para amparar sus intereses, lo que impone una obligación política particular en sede de roles a los jueces.

