

## 16. PERSPECTIVAS JURÍDICAS

### 16.1 ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: JUSTICIA RETRIBUTIVA O RESTAURATIVA

Miguel de J. Niño Sandoval<sup>18</sup>

¿Qué es la justicia restauradora?

La justicia restauradora “es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se busca que la justicia los repare y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de justicia restauradora habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen; ellos llegan a ser el centro del proceso penal. El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes, como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz”<sup>19</sup>. El concepto de justicia restauradora más aceptado internacionalmente enfatiza en el *proceso y en el resultado*.

Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no solo tiene derecho a la reparación económica por los perjuicios que se le hayan causado, trátese de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional (Art. 250, Nums. 1, 6 y 7 CN) como en el texto de la ley penal.

El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, ley 906 de 2004, define así la justicia restaurativa: “Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”<sup>20</sup>.

#### **Resultado restaurativo**

Se entiende por resultado restaurativo “El acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la

<sup>18</sup> Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

<sup>19</sup> Prison Fellowship Internatinoan. Confraternidad Carcelaria Internacional. [www.pfi.org](http://www.pfi.org)

<sup>20</sup> Código de Procedimiento Penal Colombiano, art. 518.

reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”<sup>21</sup>.

### **Justicia retributiva**

Partiendo de las consideraciones que se exponen para justificar la pena, podemos señalar que las características generales más representativas de la denominada Justicia Retributiva son las siguientes:

Reprime el crimen como trasgresión a la norma  
Relación entre el Estado garante y el infractor  
Castiga al delincuente  
Mide cuánto castigo aplica  
Coerción vs. reparación

La pena es necesaria para la conservación del ordenamiento jurídico, como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad; es indispensable para satisfacer las necesidades de justicia de la comunidad y para la expiación de la culpabilidad del autor.

Ahora bien, si pasamos a evaluar el segundo aspecto a partir de los elementos que identifican o resaltan la denominada justicia restaurativa, observamos un avance y un enfoque constructivo del derecho penal, que nace como reacción y respuesta a la tendencia del dogmatismo jurídico y que conceptualiza y abstrae el estudio de la conducta punible a la norma, pasando y reconociendo la dinámica social, remitiéndolo a su origen, a su finalidad: el ser humano, la víctima, el infractor, la comunidad y sus necesidades de justicia, ubicando nuevamente al derecho penal como garante de los fines del Estado.

### **Esquema**

La relacionalidad es una nueva forma de ver, analizar y actuar en el ejercicio del derecho, partiendo del deber personal y de su relación con el otro en una situación particular, lo que conlleva la aplicación de nuevas ideas, permaneciendo al mismo tiempo en el contexto general del imperio de la ley; requiere de capacitación, de autonomía reglada y de un cambio cultural, e implica saber ponderar el principio de legalidad y el principio de oportunidad frente a lo concerniente al programa de justicia restaurativa.

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Penal Colombiano, art. 518.

Esto permite reconstruir la confianza perdida en el sistema de justicia a partir de la aplicación de un programa reparador de individuos y sus relaciones interpersonales y en comunidad que los haga partícipes, responsables y corresponsales.

Consideramos que se debe garantizar, una vez ajustada la suma de la influencia ejercida por las víctimas, los delincuentes y el Estado en el proceso restaurador, que la supervisión esencial del proceso siga estando a cargo del Estado.

Con la aplicación de la justicia restaurativa se genera un cambio de mentalidad, para pasar de un derecho penal de enemigo a un derecho penal de ciudadano; se genera una forma diferente de actuar, en el ejercicio de la función judicial y de la profesión del abogado, pasando de la actitud burocrática a la de relacionalidad, lo que implica una labor educadora, formadora y orientadora; se realiza una verdadera proyección social preventiva, educando en el ejercicio de la legalidad, la humanización y la dignificación, y se convierten los jueces, apoderados y magistrados en agentes de cambio y transformación social. El funcionario tradicional debe dar cabida al funcionario comprometido e interesado por el entorno social en que actúa; requiere un cambio de cultura, adoptando la vivencia de los valores, actitudes y comportamientos, y agregar valores nuevos a los procesos; necesita involucrarse con los nuevos roles de la Justicia Penal, como educador de la comunidad, recuperando legitimidad institucional; precisa utilizar los mecanismos alternos de solución de conflictos y comprender sus dinámicas, así como articular las relaciones democráticas de los ciudadanos entre sí, ubicándose en una posición

de compromiso con el desarrollo social de la comunidad, hablando de justicia promotora de paz.

Todo esto conlleva una reflexión sobre el perfil que debe reunir el funcionario judicial y el profesional del derecho para el ejercicio y cumplimiento de la tarea encomendada, como es la de contribuir a generar el orden social justo.

Si la rama judicial asume una forma diferente de ejercer la función y cambia la actitud, fortalece el Estado de derecho, al hacer justicia, y a su vez adquiere mayor experiencia en el conocimiento para la solución de conflictos; fortalece el crecimiento, la madurez personal y la autogestión en su problemática; promueve que el ciudadano adquiera una actuación principalísima de apropiación y empoderamiento, de conciencia, valor y firmeza; crea actitudes de comportamiento positivo; promueve la tolerancia, la amigable composición, la paz social, y, finalmente, robustece la democracia.

El respeto de esta forma se vuelve activo, es decir, va más allá de lo normal, de lo común y corriente, de la corriente que consume pero que no asume, no se queda en la orilla, sino que se vincula, participa, escucha y actúa. El poder judicial se transforma en un ente activo que comparte y se preocupa por las situaciones que se presentan en su entorno, se vuelca hacia la ciudad.

Hay dos formas de actuar: haciendo u omitiendo. Omitir: el obrar mínimo, es no hacer mal a nadie, pasar por alto, indiferencia. Activo: ir más allá del actuar normal, que es el deber de solidaridad.

### **Respeto activo**

Richard Sennett, en su libro *El respeto*, manifiesta, al referirse al respeto interno o propio: “Es el desarrollo de una habilidad, de un hacer bien algo por el hecho de hacerlo bien, y es esta habilidad la que da al individuo el sentido interior de respeto por sí mismo”<sup>22</sup>.

El nivel de conflictividad mundial, reflejado en nuestro contexto en los altos índices de violencia común e intrafamiliar, y el nivel de transacciones de intermediación de conflictos (tramitados por diferentes instancias definidas legalmente para este fin, como juzgados, comisarías, defensorías, cámaras de comercio, etc.) explican en gran medida la falta de habilidades individuales, y como conglomerado social, necesarias para crecer a partir del conflicto y la diferencia, en lugar de constituirlos en factor de violencia y de desintegración social.

<sup>22</sup> SENNETT, Richard. *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*. Barcelona: Anagrama.

## Propuesta

El segundo aspecto anunciado es intentar dar un aporte a una forma de solución, y en esto me concentraré en los apartes siguientes, vista la situación desde los dos planteamientos de justicia retributiva y justicia restaurativa y el principio de fraternidad como categoría jurídica y política.

A nivel mundial los conflictos regionales, como los que viven Colombia, Venezuela y los países centroamericanos, las movilizaciones sociales en Ecuador y Bolivia, etc., los ataques terroristas y la guerra en el Líbano, todos apoyados en la idea de atribuir la rapacidad al enemigo y la idealidad al amigo, son evidencia de la incapacidad general para transformar la existencia del conflicto en un factor de evolución y no de involución, incapacidad que cada vez es más crítica, dada la tendencia de globalización.

Más allá de pretender una explicación, la conclusión relevante al panorama antes referido es la dificultad para entender la innegable existencia en nuestro contexto de condiciones problemáticas que favorecen potencialmente la presencia de conflictos, dimensionar la cantidad importante de recursos (humanos, logísticos, financieros, etc.) invertidos en resolver situaciones problemáticas entre individuos, entre organizaciones o entre organizaciones e individuos, y en consecuencia la necesidad urgente de fortalecer la capacidad que como individuos y sociedad requerimos para transformar esta dinámica de violencia.

En la actualidad se ha avanzado en definir el conflicto más como un factor positivo para el desarrollo de las sociedades que en la causa de su destrucción; pero cada vez es mayor la pérdida de la capacidad individual y colectiva de gestionar los conflictos asociados al acceso y *uso de los derechos sociales, entendidos como la estructura básica de garantías, bienes y servicios por los que cada individuo consiente un interés general por encima de su satisfacción particular*<sup>23</sup>.

En este sentido, el conflicto se considera una situación natural e inevitable en los grupos humanos y, si se maneja adecuadamente, puede transformarse en una efectividad humana y colectiva enriquecida y más generadora de desarrollo. El conflicto surge en la búsqueda del reconocimiento de todos los intereses legítimos de los miembros de una sociedad, para acceder al uso de los derechos sociales y el logro efectivo de la participación en la gestión directa de estos.

<sup>23</sup> Esta definición retoma el concepto planteado en el documento “*La mediación social como actividad de promoción de la participación ciudadana y del ejercicio de los derechos sociales*”. Salvador Puentes, responsable de formación para América Latina, Instituto Universitario Kurt Böhsh de Suiza.

Trayendo este análisis a nuestro contexto particular, el nivel de deterioro social y vulneración de los derechos humanos y sociales requiere generar la capacidad individual y colectiva para hacer de la existencia del conflicto a todo nivel (familiar, social, político, organizacional, etc.) un factor de crecimiento y no de destrucción. Para citar un ejemplo, la debilidad de las redes sociales frente a la violencia, particularmente, y los comportamientos disfuncionales de la sociedad (ineficiencia, corrupción, indolencia) se constituyen en factores que generan conflictos en todos los ámbitos antes referidos, en donde la imposibilidad de que los mecanismos diseñados a nivel de la legislación, para mediarlos de manera positiva, lleva a potenciar su efecto nocivo, en donde una simple controversia puede llegar al uso de la violencia y las armas, y, lo que es más nocivo aún, a replicarlos en términos de comportamientos violentos y destructivos.

Este círculo vicioso (debilidad de las redes sociales, disfuncionalidad institucional y reproducción de conflictos) no se rompe de manera autónoma; requiere de estrategias específicas para fortalecer el comportamiento de los individuos, la sociedad y las organizaciones en el manejo del conflicto, es decir, *generar una cultura* que permita a los individuos y la sociedad desarrollarse a partir del conflicto. Un proceso de transformación cultural implica desarrollar procesos de educación que incidan de manera efectiva en dichos comportamientos y en generar las capacidades efectivas hacer del conflicto un factor de desarrollo integral de la persona y de la comunidad.

Bajo la perspectiva hasta el momento planteada, educar en la relacionalidad como factor fundamental para fortalecer la capacidad de los individuos para transformar positivamente los conflictos es un factor esencial para el desarrollo; adicionalmente permite la construcción de capital social, el cual se constituye en condición necesaria para dinamizar este desarrollo.

Es así como desarrollar procesos de formación o educación en diferentes niveles, crear centros de mediación en las comunidades en torno al manejo adecuado de los conflictos y poner en marcha el programa de justicia restaurativa en la Fiscalía General de la Nación se constituyen en una estrategia efectiva y necesaria para dinamizar los cambios que permitan revertir la dinámica actual, en donde la mediación, como el mecanismo más importante de la justicia restaurativa, se constituya en un medio eficaz para la construcción de nuevas reglas y vínculos sociales basados en la corresponsabilidad y el reconocimiento y respeto de las diferencias, es decir, en un instrumento para la gestión pacífica de los conflictos. Mediación entendida bajo la concepción de ser una actuación en el interior de un sistema de relaciones y de interacciones entre los actores sociales, cada uno de los cuales es portador de competencias y saberes diversificados, lo cual va más allá de ser una técnica dirigida a afrontar determinadas situaciones conflictivas,

conformándose en una condición constitutiva de las relaciones sociales, como lo es por otro lado el conflicto<sup>24</sup>.

## 16.2 ARTÍCULO JUEZ DE LA REPÚBLICA

### INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

María Romero Silva<sup>25</sup>

#### Resumen

Varios son los aspectos innovadores, ágiles e importantes que consagra la ley 1116 de 2006, en vigencia desde el 28 de junio de 2007; sin embargo, en honor a la brevedad que se exige en estos espacios, solo se aludirá en esta oportunidad al tema de la insolvencia transfronteriza, que sin duda reviste utilidad para la judicatura. Se pretende generar inquietud por el conocimiento de este régimen de insolvencia, que se dice más expedito y menos flexible que los contenidos en la ley 222 de 1995 y la ley 550 de 1999.

Consciente el legislador de la continua expansión mundial del comercio y de las inversiones, mediante la ley 1116 de 2006 incorporó al ordenamiento jurídico interno la ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, de tal suerte que Colombia entró a formar parte de ese pequeño grupo de países que acogió el modelo de esta Comisión, con el que, fundados en el respeto de las diferencias en el derecho procesal de cada Estado, se pretende enfrentar el creciente número de casos de insolvencia transfronteriza. Se regula entonces la cooperación de las autoridades competentes de Colombia y de los Estados que intervengan en casos de insolvencia, y se propone crear un mecanismo que dé seguridad jurídica al comercio y a las inversiones, así como protección a los bienes del deudor y la optimización de su valor.

#### Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La aplicación de estas disposiciones resulta de interés cuando un tribunal o representante extranjero soliciten asistencia a nuestro país acerca de un proceso extranjero, ya sea judicial o administrativo, que allí se tramite con arreglo a una ley relativa a la insolvencia, o Colombia solicite tal asistencia, o cuando se tramite de manera simultánea un proceso en el extranjero y otro en nuestro país respecto de un mismo deudor, y cuando acreedores extranjeros tengan interés en solicitar la

<sup>24</sup> "La mediación social como actividad de promoción de la participación ciudadana y del ejercicio de los derechos sociales". Salvador Puentes, responsable de formación para América Latina, Instituto Universitario Kurt Bösh de Suiza, pág. 2.

<sup>25</sup> Juez Titular en el Juzgado Civil del Circuito de Sogamoso y actualmente Magistrada (E) Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja.

apertura de un proceso de insolvencia o participar en uno que ya esté en curso con arreglo a las normas.

Las autoridades competentes para aplicar esta ley (en Colombia la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito o municipales del domicilio principal del deudor) han de tener en cuenta el origen internacional de esta normatividad, la necesidad de promover una uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe. Por lo mismo, cuando reciban una solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero, la afectación de los bienes y negocios del deudor en el extranjero no cobijará fines distintos de los involucrados en la misma solicitud.

Muestra la ley 1116 amplio respeto por el principio de igualdad, al punto que prevé para los acreedores extranjeros los mismos derechos que asisten al acreedor nacional respecto de la apertura de un proceso de insolvencia en Colombia y de su participación en él, sin que se afecte, por supuesto, el orden de prelación de los créditos. Es así que, por ejemplo, la noticia de la apertura de algún proceso a los acreedores residentes en el país también se da a los acreedores extranjeros.

Amplio margen se otorga a las autoridades competentes para adoptar medidas a partir de la presentación de una solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero, siempre que se estime necesario y urgente para proteger “los bienes del deudor o los intereses de los acreedores”; estas incluyen la suspensión de los procesos de ejecución en que se persiga los bienes del deudor, o encomendar la administración y realización de bienes del deudor que estén en el territorio colombiano, en procura de preservar su valor.

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero principal, no se puede dar inicio a proceso de ejecución alguno en contra del deudor, además se faculta al representante extranjero y al deudor para solicitar individual o conjuntamente la suspensión del que se halle en curso y para alegar la nulidad del proceso. En nuestro medio judicial se exige especial cuidado a los jueces competentes para que al ser informados del reconocimiento de un proceso extranjero principal actúen de conformidad con estas disposiciones, pues lo contrario hará que se incurra en causal de mala conducta.

De otra parte, como consecuencia de carácter sustancial, frente a la celebración de cualquier acto en contravención de tales preceptivas, se tiene prevista la ineficacia de pleno derecho, aunado a la imposición de multas sucesivas hasta por 200 salarios mínimos legales vigentes, mientras se reverse la operación de que se trate.

A instancia del representante extranjero, la autoridad colombiana podrá recepcionar testimonios, informarse acerca de bienes, negocios y obligaciones del deudor;

encomendar la administración o la realización de bienes que se encuentren en el territorio colombiano o la adjudicación de estos, dejando a salvo, claro está, los intereses de los acreedores domiciliados en Colombia y los del mismo deudor.

En casos de insolvencia transfronteriza es de vital importancia la eficacia en la comunicación y cooperación entre las autoridades colombianas competentes y los tribunales o representantes extranjeros; para ello, la autoridad colombiana estará facultada para ponerse en comunicación directa con estos, siempre que requiera información o asistencia de ellos. Así mismo, el promotor o liquidador en ejercicio de sus funciones deberá cooperar con los tribunales y representantes extranjeros, y tener comunicación directa con estos.

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero principal es posible iniciar un proceso conforme con las normas colombianas, siempre que el deudor tenga bienes en Colombia, y sus efectos se limitarán a tales bienes, aunque por cooperación se podrá extender a otros bienes del deudor ubicados en el extranjero, que deban ser administrados en el proceso interno. De existir procesos paralelos respecto de un mismo deudor (un proceso extranjero y uno con arreglo a las normas colombianas) se debe velar por que toda medida otorgada a partir del reconocimiento de un proceso extranjero sea compatible con el proceso seguido en Colombia; reexaminar toda medida que esté en vigor y, en caso de ser incompatible con el proceso que se adelante en este país, modificarla o revocarla. Si se sigue más de un proceso extranjero respecto de un mismo deudor, la autoridad colombiana propugnará que las medidas otorgables sean compatibles; deberá reexaminarlas y modificar o dejar sin efecto las que considere procedentes para facilitar la coordinación de los procesos.

Finalmente, en presencia de procesos paralelos se ha previsto una especie de proporcionalidad en el pago, al punto que si un acreedor ha recibido un abono a su crédito en un proceso seguido en otro Estado con arreglo a una norma extranjera relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un proceso de insolvencia seguido con arreglo a las normas colombianas, respecto de ese mismo deudor, mientras el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al ya percibido por aquel acreedor.

Muchos cuestionamientos de orden formal surgen dada la novedad de este trámite, por lo que conviene un estudio detenido que permita un excelente desempeño cuando los funcionarios de la Rama Judicial funjan como autoridad competente en un proceso de insolvencia transfronteriza.

### 16.3 LA FUNCIÓN JUDICIAL EN COLOMBIA: PERCEPCIÓN DE UN ABOGADO “LITIGANTE”

José Antonio Álvarez Milán<sup>26</sup>

Un amigo me ha pedido que hable libremente acerca de mi percepción del servicio de justicia en Colombia, en mi condición de “abogado litigante” por más de veinticinco años, con despacho particular en la ciudad de Tunja. Como es de suponer, hace más de un cuarto de siglo un abogado del común, responsable de las obligaciones propias de la gente del común, carente de fortunas y privilegios heredados o adquiridos de la política, que se establece en un pueblo de unos cincuenta mil habitantes, perteneciente a uno de los departamentos más pobres de Colombia, con la perspectiva inmediata de sobrevivir y de sacar adelante una familia, no podía darse el lujo de ofrecer sus servicios en alguna especialidad, de la cual carecía, ni de elegir su clientela, ni de seleccionar la naturaleza y cuantía de los negocios; fue así como terminó “especializándose” en todo, llegando a atender asuntos civiles (entonces se incluían en esta denominación los de familia y los agrarios), penales (ordinarios, aduaneros y militares), laborales, administrativos (laborales, tributarios, etc.), y, sin recibir formación docente alguna, llegó a officiar de “catedrático” de varias universidades, a usanza de la época.

Las limitaciones inherentes a una mirada del talante descrito son insoslayables. Pero claro, hace más de veinticinco años, en un pueblo así, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) eran incipientes; una máquina de escribir y los códigos civil y de procedimiento civil eran suficientes para ejercer en la ignorancia promedio; la Web no existía y, por tanto, los cibernautas de hoy se ocupaban entonces de quehaceres *chiriposos*; el mundo *virtual* era entonces *ciencia ficción*; los *celus* y sus multifunciones eran recursos del agente 007; los operadores jurídicos, hoy “meritocráticos”, eran entonces funcionarios y empleados nombrados “a dedo” por métodos clientelistas, atados a sus nominadores por “tributos de vasallaje”; el mundo del derecho, hoy pleno de “mandatos de optimización” que exigen sesudas “ponderaciones”, era un mundo de reglas: a un supuesto de hecho, el sistema le atribuía una consecuencia jurídica; los “principios generales del derecho”, saberes decantados por la experiencia milenaria, eran criterio auxiliar para aplicar las reglas; por tanto, las decisiones judiciales eran predecibles; las altas cortes que llegaran a pensar, recibían el remoquete de “Cortes de oro”, porque lo normal era que no pensarán, sino que aplicaran reglas, y porque todavía el oro tenía algún valor (al parecer, hoy sólo tiene un precio); el mundo del *derecho viviente* tampoco ha podido hacer algo para contener el desangre que aqueja a nuestra comunidad.

<sup>26</sup> Abogado litigante - Conjuetz: Tribunal Superior de Tunja, sala Civil-Familia Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá (Sala Jurisdiccional Disciplinaria).

La computadora, cuyo desarrollo comenzó en la década de los cincuenta, a la par con la teoría de sistemas, fue el último adminículo en llegar a los bufetes de los abogados, tan esquivos a innovar, como que representamos la conservación del orden establecido; Internet y, con ella, el documento electrónico llegaron con el Consejo Superior de la Judicatura, entidad que hizo realidad muchas transformaciones, entre ellas la Administración de la Carrera Judicial; el establecimiento de los Centros de Servicios Administrativos de la rama judicial, que desembarazaron a jueces y secretarios del manejo de los repartos y títulos judiciales; la administración, desarrollo y ejecución del presupuesto de la rama judicial con criterio gerencial; la formación jurídica de los servidores judiciales, a cargo de una escuela permanente; el establecimiento del Centro de Documentación Jurídica de la rama judicial; la oralidad de los procedimientos y su unificación mediante el establecimiento de un Código General del Proceso, esfuerzo colosal en curso, bajo la dirección del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con la pretensión de superar la paquidermia derivada del procedimiento escrito; la independencia de los funcionarios y empleados, mediante la implantación del sistema de provisión y promoción fundado en los méritos académicos y laborales; la implementación de incentivos a los resultados de la gestión judicial; la investigación y el mejoramiento sistemáticos de dicha gestión, mediante la implantación de programas piloto, su desarrollo y generalización, así como la designación oportuna de jueces de descongestión, y el cierre, traslado o creación de despachos judiciales, para racionalizar el servicio de justicia; la aplicación de las TIC al desarrollo de los procesos judiciales; el desarrollo conceptual del debido proceso, como garantía de la efectividad de los derechos, y la primacía del derecho sustancial; el establecimiento de medios alternos para la solución de conflictos, y su aproximación al ciudadano, mediante la racionalización fundada en el análisis económico del derecho; la mediación, la composición, la conciliación y el arbitraje; la justicia de paz y la justicia comunitaria; el desarrollo de las acciones constitucionales (de tutela de los derechos fundamentales, acciones populares y de grupo, y acciones de cumplimiento); la actualización del código de ética del abogado; los acuerdos internacionales de cooperación; etc., etc. Es decir, una verdadera modernización e institucionalización del servicio de justicia, poniéndolo a tono con las necesidades y exigencias derivadas de la globalización, a fin de que resulten adoptables las leyes modelo que las comisiones internacionales vienen preparando con la pretensión de unificar el derecho, para garantizar la efectividad de los derechos de las actividades transnacionales, frente a las cuales las regulaciones nacionales se han convertido en obstáculo que debe salvarse mediante el establecimiento de instituciones sin fronteras.

Los abogados formados antes de la Constitución de 1991 hemos llegado a presenciar la existencia de un derecho que ya no está en los códigos, que ya no está en las leyes, sino en el “bloque de constitucionalidad”, que se concreta mediante “líneas

jurisprudenciales” que es necesario establecer y divulgar, porque tienen el valor de “precedente”; hemos llegado a contemplar un “principio de legalidad” vacío, que para llenarse de contenido requiere ascender a “principio de constitucionalidad”, porque ahora sí la Constitución Política es “norma de normas”; hemos llegado a un lugar donde la existencia de la “cosa juzgada” ya no se predica de la decisión firme del juez de conocimiento de la jurisdicción competente, por mucho que este sea juez de cierre de dicha jurisdicción, pues, en la práctica, tal decisión solo adquiere firmeza cuando ha sido revisada por el juez constitucional, en acción de tutela.

Y a este abogado, otrora “litigante”, ahora “usuario” del derecho, lo anterior no puede producirle más que perplejidad, agobiado como está por la certidumbre de que sólo descubriendo, interiorizando, sistematizando y aplicando patrones de conocimiento del derecho jurisprudencial podrán serle predecibles las decisiones de las altas cortes, único camino capaz de reducir el amplio espectro de ignorancia con que tiene que ejercer en estos tiempos el “derecho viviente”.

#### 16.4 HACIA LA VISIBILIDAD DE LA JUSTICIA

Fabio Orlando Piraquive Sierra<sup>27</sup>

La globalización de los mercados, los avances científicos y tecnológicos y la internacionalización de los derechos humanos generan nuevos escenarios multiculturales que imponen un rediseño en las dinámicas del mundo moderno, contextualizado en bloques geopolíticos, intercambio de sistemas económicos y comerciales e impensables formas generadoras de conflicto social. Para hacer frente a estos retos, en el escenario judicial, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, adelanta programas de formación y capacitación en temas de trascendental actualidad, que permiten al operador judicial profundizar y ser parte activa de los nuevos paradigmas jurídicos y socioculturales, propiciando en magistrados, jueces y empleados cambios en sus habilidades, destrezas, actitudes y aptitudes que les permiten desempeñarse como verdaderos líderes del despacho y del proceso con un alto grado de competitividad y proactividad para responder de manera pronta a los requerimientos de justicia. La oralidad en el Sistema Acusatorio Penal, en la ley de Pequeñas Causas, en la ley de la Infancia y la Adolescencia, en el proceso disciplinario y laboral, y próximamente en las demás áreas del derecho, hace aún más exigente el perfil del servidor judicial, que en lo que pudiera llamarse “puesta en escena del caso a resolver”; exige no solo del funcionario judicial, sino de los sujetos procesales e intervinientes, novedosas y creativas formas de actuación y desempeño, para dar respuestas inmediatas y razonables a la resolución del conflicto

<sup>27</sup> Magistrado Consejo Seccional de la Judicatura.

directamente en la audiencia, como escenario propicio de transparencia y control social.

Desde esta perspectiva, el rol que cumple el funcionario judicial como actor protagónico de la Rama Judicial en el Estado social y democrático de derecho puede visualizarse y escenificarse desde dos contextos interrelacionados. El primero, como dinamizador y sujeto principal en quien recae la noble, pero trascendental tarea de garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, con las connotaciones y variables insertas en el sistema político, por ejemplo, la eficiencia, eficacia y efectividad, frente a principios como el de igualdad material, de manera que permita contrarrestar la exclusión y la discriminación, replanteando el concepto de equidad como elemento de justicia y soporte de espacios democráticos; en este escenario, el juzgador, al resolver el caso sometido a su consideración, debe poner en práctica sus competencias cognitivas, interpretativas, argumentativas, propositivas e imaginativas para producir una sentencia razonable frente a las partes y a la comunidad jurídica, que según los resultados y consecuencias se traduzca en verdadera justicia material; dando paso al segundo contexto. En este, es a la sociedad, como destinataria y receptora de los fallos de la justicia, a la que corresponde la misión de legitimar la función judicial, teniendo como marco de referencia la generación de cohesión social y convivencia, traducida en factores de paz y bienestar a la comunidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta la descompensación existente entre la parte dogmática (catálogo de derechos sociales, bloque de constitucionalidad, tratados internacionales e indeterminación del derecho) y la estructura orgánica del Estado contemplada en la Carta Constitucional, la cual, inspirada en conceptos neoliberales, pretende que entidades particulares regidas por leyes del mercado y la competitividad actúen a su vez bajo criterios de asistencia y solidaridad, los que, a más de ser incompatibles, generan incapacidad del Estado para dar respuestas efectivas a las demandas de derechos de los ciudadanos. En este contexto, la protección y defensa de los derechos que en principio son responsabilidad del Estado (léase Rama Ejecutiva), son asumidos por la Rama Judicial, que en desarrollo de sus responsabilidades y mediante los diferentes procesos hace efectivos los derechos de los asociados; de suerte que son los jueces los que a través de sus decisiones legitiman y dan vida al Estado social y democrático de derecho, generando un valor agregado de legitimidad a la Rama Judicial, contrarrestando el desequilibrio funcional que al respecto presenta el Estado colombiano.

Se vivencia entonces un paradigma en el cual el protagonismo político lo asume el juez, generando un alto grado de confianza social, buscando que la justicia se acerque cada vez más a la comunidad, tornándola visible, al encontrar en el funcionario judicial un tutelante de derechos individuales o colectivos, un garante de los principios

y postulados democráticos; actuaciones que cumple con independencia y autonomía, entendida esta como la facultad de magistrados y jueces de proferir sus decisiones sin la interferencia de las otras ramas del poder público, de los sectores económicos y en general de personas u organizaciones interesadas en influir en sus providencias; independencia judicial que se pone a prueba cuando en la misma audiencia debe proferir sus decisiones, pues es un canal que permite hacer pública su gestión, como forma de rendir cuentas ante la comunidad.

En este contexto, se describe a manera de reflexión el perfil del funcionario judicial, que cada día se convierte en catalizador de los derechos de los ciudadanos, para lo cual debe traspasar las barreras de la literalidad de la norma y darle contenido social al derecho, lo que exige redimensionar el imaginario colectivo, para potenciar nuevas formas de aprehensión y comprensión del rol que cumple el juez en el Estado social y democrático de derecho. Claro, podrán hacerse críticas por las falencias que existen en el funcionamiento del aparato de justicia, motivadas por el modelo de administración, por el activismo judicial o por la congestión que genera morosidad en el trámite de los procesos, pero la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, como órgano de gobierno de la Rama Judicial, acatando los postulados constitucionales y legales, plantea alternativas de gestión, de manera que la judicatura se convierta en el escenario ideal que permita al juez cumplir su función dentro de una dinámica enmarcada en el conflicto social y político, respondiendo a las exigencias del nuevo derecho; pero a decir verdad, esta tarea no se puede dejar solo a la judicatura, es necesario construir espacios pluralistas de concertación.

Esta perspectiva apunta a una reflexión encaminada a revisar la gestión de la Administración Pública, antes que replantear el modelo de Administración de la Rama Judicial.