

La responsabilidad política de la jurisdicción

*Hubed Bedoya Giraldo
Abogado y Filósofo de la Universidad de Antioquia.
Asesor Jurídico de las Empresas Públicas de Medellín*

“...¿de qué se ocupa la ciencia médica? Naturalmente, yo no entiendo nada de eso, pero en suma, ¿no se ocupa del hombre? ¿Y el derecho, la legislación, la jurisdicción? ¡También del hombre! (...) Todo esto se refiere al hombre, no son más que variantes de un solo interés importante y ... capital, a saber, el interés hacia el hombre.”

Thomas Mann. La montaña mágica

La historia del Estado moderno da cuenta de la presencia, al parecer ineludible, de una institución tanto política como social que marca indeleblemente la condición política humana: el juzgamiento. La actitud de “juzgar”, consustancial a la actual forma ordinaria de vida humana, se desdobra en un comportamiento cotidiano de los individuos en sus relaciones sociales y en una institución política característica del Estado como forma que adopta la sociedad para garantizar su supervivencia: la jurisdicción estatal.

Cada Estado cuenta, pues, entre sus instituciones y mecanismos con una serie de organismos encargados de lo que ordinariamente denominamos “aplicar justicia” y que consiste, *grosso modo*, en la calificación de las

conductas de los sujetos de derecho con base en la normatividad producida por, y vigente para, ese Estado.

La condición de dependencia en la que se halla la “jurisdicción” -como mecanismo e institución destinada a “aplicar justicia”-, con respecto al Estado, impone revisar las condiciones de posibilidad de éste como fundamento y respaldo efectivo de aquella y, de manera muy especial, para el cumplimiento de la misión que a ella corresponde.

Desde el punto de vista de la filosofía política, la conformación y existencia del Estado se explica en dos órdenes de ideas: el cronológico y el político. Este último comprende un componente lógico o sistemático y otro de carácter social, entre los cuales no puede haber una separación mas que puramente teórica y académica.

1

En el orden cronológico el Estado aparece con posterioridad a la formación de los grupos humanos, sea que los concibamos como “comunidades” o como “sociedades”. La perspectiva que aquí se asume es perfectamente compatible con la visión marxista en materia de historia de la sociedad y el Estado¹. En efecto, desde ella, la comunidad puede definirse como aquella agrupación de los individuos con fines estrictamente de supervivencia en la cual los sistemas de propiedad son puramente comunes o comunitarios, siendo llamada, por eso precisamente, “comunismo primitivo”; la sociedad, por su parte, se presenta como una etapa superior de la comunidad, en la que se han introducido elementos de diferenciación entre los miembros del grupo, lo que da origen a la división de la comunidad en clases y al surgimiento, propiamente, de la sociedad, y particularmente de la que hoy conocemos como sociedad “de clases”; sin embargo, frente al “comunismo”, la característica fundamental de la “sociedad” la constituye la asunción por parte de sus miembros de roles especializados y propios que determinan la forma como el grupo se organiza y jerarquiza.

En tal sentido se pronunciaba Ferdinand Tönnies al elaborar la mencionada diferenciación:

1 Cfr. Federico Engels. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú, Editorial Progreso, 1966. T. III.

(...) para mí masas y grupos significan solamente multiplicidades de hombres que se muestran hacia fuera como totalidades, sin que ello suponga que estén en modo alguno unidas entre sí interiormente. Esta unión interior la considero como lo esencial de una realidad social y subsiste independiente por completo de toda coexistencia externa.²

En el desarrollo y proceso de constitución de la sociedad, la primera forma de reunión entre los individuos la constituye la "comunidad". Forma de subsistencia ligada ineludiblemente a las necesidades materiales de los individuos y germen de los vínculos que, con el desenvolvimiento del grupo, desembocarán en las primeras instituciones sociales.

El crecimiento de estas agrupaciones humanas y el surgimiento inevitable de nuevas y mayores relaciones entre sus miembros, es decir, la creación de formas más complejas de comercio e intercambio, principalmente, impusieron la necesidad de que existiera un mecanismo de control explícito y definido que garantizara la supervivencia del grupo y, consecuentemente, la de sus miembros. Es así como nacen las reglas de comportamiento, inicialmente bajo la forma de la costumbre; se consolida la "sociedad" a través de la configuración de sus instituciones fundamentales y con base en ellas -ante todo, en la aparición de la propiedad privada-, se dan las condiciones materiales e ideológicas para que surjan las organizaciones políticas estatales.

2

En estos términos, si caracterizamos la "sociedad" -o lo que, en una denominación que pretende mayor precisión, llamamos "orden social" - como aquella forma de vida en común de los individuos, que ha adquirido una serie de normas específicas destinadas a servir de marco para las conductas cuyos efectos y consecuencias pueden revestir una mayor importancia para el grupo, estaremos, sin duda, a las puertas del surgimiento, tanto lógico como cronológico, de las instituciones sociales.

Son las instituciones que produce un grupo social determinado las que conforman su estructura y las que, de alguna manera, posibilitan la subsistencia de dicho grupo. Razón por la cual, sin necesidad de remitirnos a una pretendida "conciencia común" que lo soporte, podemos afirmar que el interés común inmediato dentro de cualquier grupo social está constituido por la

2 Ferdinand Tönnies. *Principios de sociología*. (Traducción Vicente Llorens). México, Fondo de Cultura Económica, 1942. p.95.

necesidad de garantizar el mantenimiento de las mencionadas instituciones o, lo que es igual, la conservación de la sociedad misma a través del mantenimiento de su estructura.

Esta condición particular de las instituciones sociales, es decir, el hecho de ser consideradas por los miembros del grupo social como necesarias para su conservación -que es, por supuesto e inmediatamente, la conservación de cada uno de sus miembros- deriva en su valoración como "instituciones políticas". Es, pues, el ordenamiento -vale decir, el conjunto o sistema de normas vigente para la sociedad-, no sólo el compendio de las diversas instituciones sociales sino la más social de las instituciones; resulta ser él mismo (el ordenamiento) y sus elementos constitutivos, la principal y primera de las instituciones políticas.

3

Concebido lo político, no como la forma efectiva como se desarrollan las actividades que relacionan a los ciudadanos con el poder -y que ha dado pie a una malformación conceptual en la que el término se identifica con las desviaciones que le imprimen sus sujetos activos-, sino como todo comportamiento, actitud, relación o institución considerada necesaria para el mantenimiento del orden y, por ende, de la sociedad en la forma específica desde la cual tales elementos se piensan, hemos de reconocer el carácter inseparable que adquieren lo social y lo político.

En el orden político, el Estado -y con él, necesariamente, el Derecho, pues tal y como ya lo había propuesto Kelsen los dos no son mas que formas de expresión diferentes del mismo fenómeno- se convierte en el espacio en el cual se expresan las necesidades y los propósitos de los individuos, de tal manera que a través de él toma forma definida y explícita la concepción que éstos tienen acerca de la organización que deben darse con miras a lograr fines tanto particulares como comunes.

Para el individuo, tomado de manera aislada y como obligado a preocuparse por su seguridad y subsistencia e, incluso, su felicidad, la razón de ser del Estado -y que es, en el fondo, la razón de ser también de la sociedad- radica única y exclusivamente en el hecho de que éste pueda ser entendido como la forma de garantizarle -así sea de manera apenas pretendida o hipotética- la posibilidad de alcanzar aquellos objetivos. Luego, un Estado que no tenga como propósito -repito, así sea a nivel meramente hipotético- darle a los individuos la posibilidad de alcanzar aquellos beneficios, aparecerá como una forma de organización absurda

e irracional que tendría que explicarse y justificar su existencia por la aplicación a fines diversos, entre los que, seguramente, aparecerían en primer plano la fuerza y los privilegios de unos pocos.

Al lado de desviaciones de este tipo, que han hecho carrera tanto en la práctica como en algunas teorizaciones, ha venido formándose una concepción atávica y fetichista del Estado que lo convierte en un fin en sí mismo, al margen de los individuos que integran la sociedad en la que opera, y según la cual existen objetivos y finalidades inherentes a él, susceptibles de superponerse o prevalecer sobre los individuos mismos y, por ende, sobre sus objetivos y propósitos.

Podría decirse que, en la perspectiva inversa, en la moderna teoría política y del Derecho, según lo expresa Salvatore Senese:

La teoría de los derechos humanos (...) gana rápidamente terreno en el curso del siglo XVIII. Invierte definitivamente la concepción del poder político; abre vía a la democracia o, mejor, funda la idea misma de democracia moderna que descansa en el reconocimiento del individuo y de sus derechos. Si los hombres nacen libres e iguales y si el Estado es su creación todos los poderes de éste no pueden venir más que del cuerpo social del que él mismo es expresión; su ejercicio no puede estar determinado más que por este mismo cuerpo social y el Estado no podrá en modo alguno atentar contra los derechos naturales e imprescriptibles de la persona, siendo, precisamente, la conservación de tales derechos el fin de toda asociación política. La Revolución americana y la Revolución francesa, las dos grandes revoluciones democráticas del siglo XVIII, tienen su inspiración en estas doctrinas y van acompañadas por solemnes Declaraciones de derechos a través de las cuales se positivizan los derechos humanos. A partir de este momento, la teoría de los derechos humanos funda una nueva forma de Estado y de organización política, abriendo camino a la creación de un sistema de realización de fines que le trascienden y en garantía de los que se han consagrado los derechos fundamentales.³

Sin embargo, amparándose en aquella concepción desviada de lo que es el Estado, ha ido surgiendo, simultáneamente, un criterio burocrático aplicado a la administración pública, según el cual, por supuesto, se pretende atender

3 Salvatore Senese. "Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial". En: Perfecto Andrés Ibañez (editor). *Corrupción y estado de derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 1996. pp.41-42

a los objetivos abstractos del Estado en detrimento de los que son propios de los individuos y de la sociedad, creándose una pugna radical en la que se separan de manera definitiva y total Estado, individuo y sociedad. El funcionario para quien el Estado se convierte en fetiche intentará impulsar y proteger los intereses del Estado aún por encima y con detrimento de los intereses de la comunidad.

En su acepción propia, el Estado se presenta como producto y realización de las concepciones políticas de la sociedad a la cual debe servir y, por tanto, como medio para el logro de los fines y la obtención de los intereses de ésta y sus miembros. Existe, pues, el Estado como resultado de la sociedad y expresión política de su organización; no existe con anterioridad a la sociedad ni a las formas como ésta conciba la mejor manera de perseguir los objetivos que se proponga. Como dice Senese:

El iusracionalismo, enfrentado con el problema de hallar una justificación racional del Estado, diversa de la ofrecida por la teología política y las doctrinas del imperium, construyó el Estado como "artificio" creado por los hombres para responder a sus necesidades. (...)

John Locke retoma la teoría de Hobbes, que ve en el Estado una creación artificial, pero para él los hombres que se agrupan en una sociedad política no se encuentran de hecho en situación de infelicidad o de miedo, como los representaba el segundo, sino que, al contrario, viven en libertad e igualdad, pueden regular sus propias acciones y bienes como mejor les parezca, en el cuadro de las leyes naturales. A partir de esta situación, crean el Estado para ejercer mejor su propia libertad y sus propios derechos. En consecuencia, el Estado está obligado a ser garantía de esa libertad y no puede prevaricar sobre sus derechos.⁴

El Estado existe única y exclusivamente para beneficio de la comunidad y de la sociedad; como organismo esencialmente político tiene, entonces, una responsabilidad política frente a la sociedad o la comunidad, la cual, por supuesto, se extiende y traduce en la responsabilidad de cada uno de los organismos que lo constituyen y de los funcionarios o personas encargadas de llevar a cabo las funciones que corresponden a éstos. Cuando el Estado no cumple sus actividades y funciones, además de perder su objetivo y su sentido, actúa al margen de sus responsabilidades y está avocado a su desaparición. Así, aunque subsista el Estado en tales condiciones, habrá perdido su esencia como tal y podrá, ahí sí, compararse

4 *Ibid.* pp. 40-41.

con, y concebirse como, una simple banda de ladrones organizada para esquilmar a los individuos.

4

Amén, pues, de que, como compendio de las instituciones políticas y la forma más elevada de las mismas, el Estado ha de contener todas las instituciones que la sociedad ha estimado necesarias para su desarrollo y supervivencia, resulta indispensable que entre aquellas aparezca un verdadero sistema de control que garantice a la sociedad y, en particular, a cada uno de sus miembros, un funcionamiento efectivo y adecuado del Estado. Por esta razón, el Estado moderno incluye entre sus instituciones algunas cuya misión es ejercitar los mecanismos -en principio considerados necesarios- para vigilar el cumplimiento de la misión estatal. Y, así, es posible hallar entre los mencionados mecanismos, además de aquellos inherentes a la estructura del denominado "Estado de derecho" (como el equilibrio que se busca mediante el control de las diferentes ramas del poder entre sí), las entidades u organismos expresamente previstos en el ordenamiento como orientados al propósito de control; en el caso colombiano, especialmente, la Contraloría, en sus diversas manifestaciones, y el Ministerio Público. Ello no impide, por supuesto, que las instituciones creadas para tal fin adolezcan de las fallas que acosan a las demás instituciones del Estado y a los funcionarios que las integran, convirtiéndose éstos, con frecuencia y a ultranza, en defensores del Estado fetiche, antes que de la sociedad.

Además, y por otra parte, si bien miramos la forma como están concebidas y ubicadas dentro de la estructura del Estado las mencionadas instituciones (contraloría y ministerio público), tendremos que reconocer que, en la medida en que éstas actúan vigilando el cumplimiento de los deberes y funciones de los servidores públicos sólo en frente de las normas que el propio Estado ha proferido, existe en ellas una limitación de criterio que permite afirmar que no parecen ser las instituciones llamadas a vigilar el cumplimiento de los objetivos políticos por parte del Estado y que es necesario pensar en la posibilidad de introducir mecanismos alternos e, incluso, independientes de la organización estatal para alcanzar tal fin.

Téngase en cuenta, adicionalmente, que si bien las obligaciones políticas del Estado se hallan contenidas, en primer lugar, en las disposiciones jurídicas, es decir, en el ordenamiento que él mismo produce, no puede pretenderse que el acatamiento de aquellas se corresponda término a término con el obedecimiento al Derecho, pues este mismo es -y debe ser- objeto de control político en tanto en él deben consignarse los objetivos (formal y materialmente hablando) políticos de

la sociedad. Para que el Estado cumpla su misión política debe, entonces, cumplir el Derecho; sin embargo, no basta cumplir "cualquier Derecho", sino que es necesario que éste, a su vez, concuerde con los intereses y finalidades políticas de la sociedad.

En los términos de Ferrajoli:

El estado constitucional de Derecho no es otra cosa que esta doble sujeción del Derecho al Derecho generada por la disociación entre vigencia y validez, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial (...) Gracias al reconocimiento de esta disociación se desvanece la presunción de legitimidad asociada al Derecho existente por el positivismo dogmático y, en los ordenamientos políticamente democráticos, por la concepción jacobina y puramente política de la democracia. Precisamente la posibilidad del "Derecho sustancialmente ilegítimo", o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad del deber ser constitucional del Derecho positivo, representa en efecto, con paradoja sólo aparente, la condición previa de la democracia sustancial. De aquí se deriva el papel central de la jurisdicción y su independencia como instrumento de control de la legalidad del poder y de garantía frente a su desviación: de la jurisdicción constitucional sobre la validez de las leyes, de la administrativa sobre la validez de los actos de la administración, de la penal frente a los abusos y las arbitrariedades delictivas de los titulares de los poderes públicos.⁵

Por último, hay que anotar que el Estado por sí mismo no está en capacidad de cumplir o de incumplir sus obligaciones políticas; ello sólo puede ocurrir a través de los funcionarios que lo representan y, por ende, la responsabilidad de los funcionarios y de las instituciones a las que ellos sirven es no sólo de carácter jurídico sino de carácter político, pues el Estado tiene una responsabilidad política frente a la sociedad y la comunidad.

5

El cumplimiento de los objetivos señalados al Estado determinó la existencia de una diversidad de tareas, instituciones y organismos, lo cual impuso, además y por razones de carácter práctico, pero también lógico e ideológico, el fraccionamiento del poder que, fatalmente, estaría concentrado en el Estado.

5 Luigi Ferrajoli. "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad". En Perfecto Andrés Ibáñez (editor). *Ibid.* pp. 23-24.

Desde el punto de vista histórico y teórico, esta división del poder estatal se propuso mediante la creación de tres “ramas” a las que se asignaron funciones perfectamente separadas, aunque, por otra parte, necesariamente complementarias: legislar, ejecutar y juzgar, sin que fuera posible la invasión mutua de los correspondientes espacios entre tales organismos, salvo cuando expresamente el propio ordenamiento asignaba a un órgano funciones que en principio correspondían a otro.

Como consecuencia de esa división, la teoría del Estado elaboró una clasificación de la función estatal mediante la proposición de una dicotomía excluyente: “gestión política” y “gestión jurídica”, con sus correspondientes corolarios en materia de responsabilidad, es decir, “responsabilidad política” y “responsabilidad jurídica”, recayendo la primera en los órganos legislativo y ejecutivo, y la segunda en el órgano jurisdiccional. Ello explica por qué, en una primera fase del Estado moderno, el poder real -expresado fundamentalmente en los actos de la administración, por necesidad lógica indisolublemente unidos al respaldo que les proporciona la legislación- se presentaba como aislado e inmune a la gestión “puramente jurídica” que competía desarrollar al órgano jurisdiccional. Lo que permitió, igualmente, hablar de la inexistencia de un verdadero “poder” en el órgano jurisdiccional, considerándose asignable el contenido de tal concepto sólo al papel que competía desarrollar a los órganos legislativo y ejecutivo. El carecer, pues, de un “verdadero poder” se convertiría en el argumento toral para proscribir cualquier alusión a una supuesta responsabilidad política de la jurisdicción, entronizándosela como oráculo de la ley.

Este razonamiento -tras el cual no hay más que un equívoco de carácter mayúsculo-, se encuentra apoyado en la supuesta correspondencia término a término entre los contenidos de “poder” y “responsabilidad” sin que tal afirmación encuentre sustento tanto en la práctica como en la teoría políticas. Nadie negaría, aún frente a las formas más precarias de organización política, que sus miembros, desde los más simples hasta los más encumbrados, soportan una responsabilidad política frente a la organización, por todos y cada uno de los actos que realizan en desarrollo de sus relaciones sociales -y, por ende, políticas-; de la misma manera, por supuesto, aunque -como pretendía Montesquieu- no exista un verdadero “poder” en la jurisdicción, ello no elimina su responsabilidad política.

Puede afirmarse que todos los ciudadanos (concepto puramente político inherente a la forma estatal que adopta la sociedad) tienen una responsabilidad política que comporta conducirse de la mejor manera con miras al funcionamiento adecuado de la sociedad como tal y a la garantía de su subsistencia, como

mecanismo indispensable para el desarrollo individual pleno. Cada ciudadano es, pues, no sólo responsable por sus actos ante el Derecho -expresión política del orden social- (y por tanto responsable políticamente aunque de manera indirecta), sino que es responsable políticamente y de manera directa ante la sociedad por la ejecución de actos que atenten contra ésta. Es ello lo único que verdaderamente justifica que, amén de la sanción penal típica, se impongan penas accesorias o complementarias como la pérdida de los derechos políticos y otro tipo de sanciones de carácter excluyente. Es igualmente la justificación para que ciertos comportamientos -como los de los congresistas y demás actores propiamente políticos- se sancionen mediante penas que generan inhabilidades para el ejercicio posterior de nuevas investiduras.

El hecho de que tales sanciones estén contempladas en el acervo de penas del Derecho (Derecho Penal, principalmente) no empece su carácter político, sino que refuerza el valor político que tiene el Derecho como mecanismo propio de la sociedad para su subsistencia.

6

En la tradición más importante de la teoría estatal, la jurisdicción se asume, pues, como independiente del poder político, en cuanto se considera que no debe estar sujeta a los intereses e influencias de aquel; se considera, también, que su labor debe ejercerse con un criterio estrictamente técnico jurídico de evaluación de las actuaciones de los individuos y de las instituciones a la luz de la normatividad vigente, sin tratar, con ello, de influir en el devenir político ni dejar que éste determine la forma o el contenido de los actos jurisdiccionales.

Todo ello, sin embargo, se halla suficientemente lejos de suponer que deba el "poder judicial" separarse absolutamente de "la política"; pues, bajo cualquier perspectiva que se lo mire, se encontrará vinculado a ésta, como una manera de contribuir al logro de los fines que, desde la política, la sociedad se propone. En efecto, la labor de la jurisdicción se concibe y describe como aquel proceso mediante el cual la conducta del sujeto de derecho -en primer lugar y de manera ostensible: el ciudadano o el hombre común- es cotejada con las prescripciones jurídicas y sancionada de acuerdo con la valoración positiva o negativa que éstas le hayan dado al modelo en el que aquella se inscriba. Descalificado entonces el acto del homicida por la norma jurídica, recaerá sobre su responsable una pena; y valorado como positivo el acuerdo de voluntades que genera obligaciones admitidas por el ordenamiento, los intervinientes en el mismo gozarán de la protección y respaldo del ordenamiento para el desarrollo de las actividades sobrevinientes.

Esta visión del orden social, sin embargo, mantuvo durante mucho tiempo aislado al sujeto principal de las relaciones sociales que adquirieron carta de naturaleza política: el Estado; y, amparado en su carácter suprasubjetivo, se lo mantuvo al margen de las responsabilidades y obligaciones que las relaciones políticas generaban entre los individuos.

Con el advenimiento de la teoría del Estado de derecho se produce un giro definitivo en las relaciones de la organización política con la sociedad y el Estado es llamado, entonces, a asumir un puesto entre los sujetos del ordenamiento jurídico. Queda sometido, por tanto, al juego de las obligaciones y responsabilidades en que se basa la mecánica del Derecho. Resultado de ello es la consagración del control de constitucionalidad que se ejerce sobre la normatividad expedida por el Estado -señaladamente por sus órganos legislativo y ejecutivo- y la creación de la denominada "jurisdicción contencioso administrativa", para la resolución de los conflictos en los cuales el Estado sea parte. Formas, pretendidamente, de someter al control jurídico directo la gestión política.

Pero, evidentemente, una y otra formas de control (el control de constitucionalidad y la jurisdicción contencioso administrativa) se hallan demasiado alejadas del verdadero papel contralor que corresponde a la jurisdicción, según su expresión más simple. Pues, no sólo ha de tenerse en cuenta, particularmente frente a la jurisdicción contencioso administrativa, el hecho de que su labor se ejecuta con base y en consideración de normas regularmente expedidas de manera explícita a partir de una concepción especial del objeto de regulación: la administración, y directamente encaminadas a brindar todas las garantías posibles al ejercicio de sus actividades, sino que, a la par, se sustenta una concepción del Estado que lo entroniza *por encima* (literalmente) de los individuos y, aún, dispuesto en contra de ellos. Vale decir, dentro de la regulación jurídica se deja un campo especial a la administración, lo que comporta la consideración de ésta como un sujeto aislado de las relaciones políticas sociales y, por ende, separado de manera tajante de los miembros de la comunidad civil.

Por su parte, el control de constitucionalidad, generado al calor de la concepción liberal del Derecho y del Estado -lo que, en buena medida, quiere decir: "la concepción positivista del Derecho y del Estado" -, aparece como ejercicio puramente formal, que sólo arriesga la evaluación de los contenidos cuando éstos se han plasmado de manera expresa y directa en la propia norma constitucional, independientemente de lo que la realidad socio política pueda decir.

Encasillados en el formalismo y en los límites expresos fijados por las propias normas, en detrimento de la realidad social y política, estos mecanismos de control aparecen completamente separados y distintos del denominado "órgano jurisdiccional ordinario", encargado de vigilar sólo el acatamiento de la norma por parte del individuo, en una relación típica de poder de Estado-súbdito.

Así, la "jurisdicción ordinaria" pretende actuar exclusivamente como garante de la vigencia del orden jurídico, asumiendo su papel como organismo de carácter estrictamente técnico que puede aislarse o ser aislado de la gestión que ocuparía a los órganos legislativo y ejecutivo. Es esta actitud, precisamente, la que quiere justificar la asignación de niveles de responsabilidad completamente diversos a unos y otros órganos, según lo expresado. Pero, aunque la jurisdicción tiene una función que, en principio, parece orientada a hacer caso omiso de las determinaciones políticas, su tarea, tomada de manera global e, incluso, particular, está llamada a responder por un papel político.

6 (bis)

No sería justo, dentro de la concepción que postulamos acerca del papel que corresponde a la jurisdicción desde el punto de vista político, pasar por alto el carácter excepcional que, desde su creación por parte de la nueva carta política y como garante de la misma, ha venido asumiendo la Corte Constitucional de Colombia. Amén de un cumplimiento fiel del papel de intérprete de los contenidos de la norma constitucional que corresponde a tal organismo, la Corte ha mostrado en un buen número de sus fallos de la última época un criterio y disposición ciertos para despojar de esa cubierta básicamente formal los contenidos últimos de las disposiciones constitucionales. Ello se ha hecho, fundamentalmente, a través de la solución de controversias cuyo conocimiento ha avocado mediante el mecanismo de la revisión de "acciones de tutela". Tal circunstancia explica, en buena medida, la obligación de confrontar las normas con contenidos específicos de la realidad que imponen tomar partido por las referencias concretas que pueden cobijar los conceptos normativos constitucionales.

No obstante, también se cuentan entre los fallos proferidos acerca de la exequibilidad de normas inferiores, pronunciamientos que definen de manera específica el alcance de las disposiciones constitucionales de más abstracto contenido, como las relativas a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, cuyos textos han alcanzado una difusión sin precedentes.

Y es que, a este respecto, no puede dejar de insistirse en la diferenciación de los papeles que corresponden a diversos organismos de la jurisdicción, pues

mientras otros jueces y tribunales confrontan la realidad con normas cuyos contenidos son explícitos en principio, la Corte Constitucional se enfrenta a normas que adolecen de precisión o que disfrutan de la amplitud suficiente para permitir afirmar a muchos doctrinantes que no se trata -en la Constitución- de verdaderas normas, sino, antes bien, de principios cuyo valor queda liberado a la voluntad del intérprete. Y aunque ello no sea exacto, indudablemente se acerca más a la descripción de la estructura real de la organización socio política que aquellas críticas que pretenden poner en picota al juez constitucional por la ambigüedad o variabilidad de sus decisiones. Ya que, en la medida en que nos hallamos ante un documento de carácter político (la Constitución: que define las líneas de la organización política que busca la sociedad), es necesario que un organismo -en este caso la Corte Constitucional- cumpla con la función de determinar cuáles son los contenidos específicos de esas normas que, ciertamente, se confunden con facilidad con lo que podríamos denominar "meros principios".

Al fallar en virtud de esta competencia y responsabilidad, no puede dejar de reconocerse la función "legisladora" que ejerce la jurisdicción a través de la mencionada corte; pues, aunque nadie negaría el papel productor de derecho que cumplen los diferentes organismos de la jurisdicción, prácticamente son legión quienes denigran de la posibilidad de que el juez profiera la norma misma a la que ha de atenerse a continuación. Esta, sin embargo, es una cuestión que nos alejaría demasiado del propósito actual y que reservamos para otra oportunidad.

Finalmente, citemos las palabras de Miguel Angel Aparicio Pérez, en relación con el valor de la Constitución como documento político:

Sin embargo, es cierto que la Constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos (...) o normas de programación final (es decir, directrices a los poderes públicos para que lleven a cabo una determinada política en ámbitos concretos -pleno empleo, desarrollo económico, medio ambiente, salud, etc.-), sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma. Se trata, así, de una norma jurídica que, a diferencia de las demás, no es producto de un poder constituido sino del poder constituyente. Ello implica, en consecuencia, que posee un contenido básico de auto-organización social y de determinación de los cauces de ejercicio del poder político; en definitiva, de conceptualización normativamente racionalizadora

del modelo de Estado en su sentido teórico clásico de organización de los elementos que lo componen: territorio, población o ciudadanía y estructura institucional.⁶

7

Ahora, en la tendencia de las modernas concepciones del Estado y el Derecho puede verse una inclinación clara hacia una separación aún mayor entre los poderes públicos, que la propuesta por la doctrina montesquiana. Se trata de la necesidad de que el poder judicial garantice la protección de ciertos derechos individuales de carácter -supuestamente- inalienable, frente a los excesos, ya no sólo del poder ejecutivo, sino, inclusive, del poder legislativo del Estado. Lo que permite a Ferrajoli, por ejemplo, decir:

(...) la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y separación frente a sus violaciones; y (...) tales equilibrios se rompen, y se pone en peligro la democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan o, peor aún, se confunden en formas absolutas.

Este complejo sistema de vínculos y equilibrios no es otra cosa que el Derecho, y más precisamente la Constitución, que debe ser, pues, reconocida como la principal garantía de la democracia: no sólo desde el punto de vista formal, o sea, como conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho de la producción del Derecho mismo, en virtud de la cual el Derecho, según el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático-representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto

6 Miguel Ángel Aparicio Pérez. "Modelo constitucional de Estado y realidad política". En: Perfecto Andrés Ibáñez (editor). *Ibid.* pp.30-31.

y a la satisfacción de los derechos fundamentales. Gracias a esta característica, es el mismo "deber ser" del Derecho y no sólo su "ser" -su modelo axiológico y no sólo su existencia- el que ha sido positivizado como Derecho sobre el Derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.⁷

Así las cosas, el poder judicial aparece, a primera vista y sin mayor análisis, como un organismo de carácter técnico que estaría mediando entre la forma social ideal de organización -implícita en la conformación política de la sociedad, como propósito de sus miembros y explicación única de la existencia de dicha sociedad- y las desviaciones que, en relación con esa forma ideal, puedan intentar los poderes legislativo y ejecutivo.

La base del razonamiento se halla en la pretensión de que un acuerdo producido por la organización social, ha de quedar plasmado, en alguna medida, y sobre todo en forma muy general, en la Constitución o en cualquier otra clase de norma básica que se conciba como eje del ordenamiento social y jurídico. A partir de allí, y como condición ineludible de la forma jurídica que conocemos como "Estado de derecho", los diferentes poderes del Estado se consideran sometidos a la normatividad que se constituye como desarrollo de la norma básica, y su funcionamiento y responsabilidad se medirá en frente de las disposiciones que la integran.

Una extensión lógica, y casi necesaria, de este supuesto, llevó a estimar procedente la intervención del poder jurisdiccional en el control de los actos de los demás órganos del Estado, tal y como desde siempre había venido haciéndolo con los que ejecutaban los particulares y que se hallaban, en cualquier medida, sometidos a la tutela del ordenamiento. Este rendimiento de la concepción tradicional de organización estatal dió pie, entonces, a la discusión acerca de si el Estado -expresado por antonomasia en sus órganos legislativo y ejecutivo- debía verse controlado por los mismos organismos de la jurisdicción encargados de vigilar las actuaciones de los particulares o debía instituirse una organización y forma de control diferente para él.

No obstante el reconocimiento de esta necesidad de someter la gestión estatal al dominio del ordenamiento y la creación de los mecanismos correspondientes, la teoría jurídica ha pretendido desligar el poder judicial no sólo de la influencia o presiones que sobre él pueden llegar a ejercer los demás

7 Luigi Ferrajoli. *Op. cit.* pp.22-23

organismos del poder estatal, sino, incluso, de la forma y los fundamentos con los cuales se ejercen las funciones por parte de éstos. Así, instalada la jurisdicción entre la norma y la conducta -llámese ésta particular o estatal, y entiéndase en esta última la propia gestión jurídica de los diferentes organismos del Estado (es decir, la producción de normas y decisiones de orden administrativo)-, se la entroniza como institución puramente técnica y al amparo de cualquier tipo de influencia que no sea el mero conocimiento de la norma que aplica, y sin más responsabilidad de la que puede generarse por la correcta o incorrecta aplicación de dicha norma.

Así, buscando excluir al juez del ámbito político, se le está, también, relevando de una tal responsabilidad y se le cercena la vitalidad misma del ordenamiento, en tanto, al restringir el papel del órgano jurisdiccional al de mero "técnico" en la aplicación de la norma, se concibe ésta como absoluta e inmodificable y se parte del erróneo supuesto de que existe una forma única de intelección e interpretación de sus contenidos. Luego, en tal supuesto, se le prohíbe al juez "entender" la norma en un sentido que pretenda consultar de mejor manera -que otra intelección que se haya institucionalizado- la organización armónica y coherente del ordenamiento, o de una forma que corresponda de manera más adecuada y eficaz a las necesidades y propósitos de la sociedad, sin que parezca necesario decir nada acerca del propósito de "fallar en justicia" que pueda tener el juez.

8

El estado es una conformación política; como tal, todos sus estamentos y elementos adquieren un papel y una responsabilidad que se define como política. No existe, por ello, ningún organismo estatal que no adquiera responsabilidad política.⁸ Luego, tal y como la producción de la norma y sus reglamentos y la producción y ejecución de los actos administrativos se hallan sujetas al cumplimiento de los propósitos e intereses políticos de la sociedad -y en tal virtud se ejercen los diferentes controles que el juego político ha concebido para ello: elecciones, censura, juicio político, etc.-, igualmente la función jurisdiccional se encuentra condicionada por el objetivo final que se halla a la vista de la organización estatal en su conjunto.

8 Cfr. Salvatore Senese. *Op. cit.* p. 56, quien afirma: "la magistratura, ciertamente, forma parte del sistema político, entendido en sentido amplio."

Al contrario de lo que se viene sosteniendo recurrentemente por los defensores de una supuesta "neutralidad" de los jueces, hay que reconocer que, en su labor, éstos se hallan, además de influenciados por determinantes de carácter político, comprometidos en el cumplimiento de un papel de esta naturaleza llamado a complementar la gestión que, desde otros espacios, realizan los demás organismos del poder.

Así, indudablemente, al fallar, el juez tiene en cuenta, además de las normas aplicables -tanto por lo material como por lo formal-, otros elementos que contribuyen a la configuración del caso y al juzgamiento; entre ellos está, por ejemplo, la moral, que hace parte integral de la vida política de una sociedad. Luego, en la medida en que los factores morales reciben alguna atención de parte del juez, están involucrados aspectos políticos en el proceso de juzgamiento y, por tanto, hay incidencia política del juez.

No puede decirse entonces, aunque ello fuera deseable, que el juez -particularmente en nuestro caso- se halla completamente sometido, por conocimiento y propósito, a la nuda norma, pues, al margen de que en la expresión de las razones y consideraciones que sustentan sus fallos regularmente se limita a exponer argumentos de carácter jurídico normativo, es obvio que ello no garantiza de manera plena el agotamiento del acervo prescriptivo ni la exclusión de razones subjetivas y de inclinaciones individuales amparadas en otro tipo de consideraciones diferentes a las del propio ordenamiento.

Ronald Dworkin presenta la trascendencia del fallo judicial en los siguientes términos:

Es inevitable la dimensión moral de una acción ante la justicia y por lo tanto, el riesgo de alguna forma distintiva de injusticia pública. Un juez no debe sólo decidir quién recibirá qué, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano, y quién, en forma intencional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a sí mismo. Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros porque en cierto grado o cierta dimensión lo ha signado como un proscrito. El daño es aun mayor cuando se condena por un crimen a una persona inocente, pero es bastante sustancial cuando un demandante con un reclamo justo es echado de la corte, o un acusado sale con un estigma que no merece.⁹

9 Ronald Dworkin. *El imperio de la justicia*. (Traducción Claudia Ferrari). Barcelona, Editorial Gedisa, 1988. p.15.

Aún más, hay que considerar que incluso desde perspectivas que sustentan la vigencia del Estado de Derecho, se reconoce la existencia de un margen de discrecionalidad en los fallos judiciales que, no pocas veces, se podría tildar de arbitrariedad.

Con base en el principio de Derecho que consagra para el juez como obligación el expedir un fallo en todo caso sometido a su consideración, se afirma, pues, que en aquellos eventos en los cuales no existe norma claramente aplicable o aparecen varias de ellas generando contradicción, el juez ejerce una facultad de discrecionalidad que le permite crear la norma indispensable para dar solución a la controversia. Buen colofón de ello sería la afirmación de Habermas de acuerdo con la cual "Toda dominación política se ejerce bajo la forma del derecho; en ellos existen órdenes jurídicas en las que el poder político todavía no ha sido domesticado mediante el Estado de Derecho."¹⁰

9

La "discrecionalidad" del juez ha sido cuestionada en la moderna teoría del derecho¹¹, justamente con base en el examen de los denominados "casos difíciles" que habían dado pie a la tradición positivista para proponer la existencia de la mencionada facultad judicial. En efecto, siguiendo a Dworkin, resulta claro que no existe tal posibilidad de discrecionalidad y que, por el contrario, el juez está obligado a observar y seguir principios de carácter general pero de indudable estirpe jurídica que no sólo determinan el contenido mismo de las normas sino, y por supuesto, las propias decisiones judiciales.

Ahora bien, el juez tiene la obligación de optar entre diferentes principios, buscando aquel que resuelva de mejor manera el caso. La explicación de las razones que le permiten decidir adquiere, muchas veces, el valor de una mera justificación y, puesto que siempre es posible encontrar buenas razones para tomar cualquier decisión, se corre el riesgo de que, desde la propia teoría jurídica, se consideren incontestables las decisiones concretas de los jueces. Sin embargo, y como el fondo sobre el cual se actúa es la organización social construida con base en criterios políticos, es necesario llevar las determinaciones particulares a los

10 Jürgen Habermas. "Estado de Derecho y democracia". *El Colombiano*, Suplemento Dominical. Medellín, Domingo 21 de mayo de 1995. p. 13.

11 Cfr. Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. (Traducción Marta Guastavino). Barcelona, Ariel, 1989

diversos sistemas de control. Existe, por ello, el criterio del juez superior, llamado a corregir las desviaciones que cometan los jueces del rango inferior.

Así, resulta claro que el criterio último de evaluación que tiene el ordenamiento y que es aquel que se ejerce sobre las normas mismas con base en la Constitución, es un criterio de carácter puramente político, en tanto con él se determina el contenido o significado de la normatividad básica -la Constitución- cuyo alcance no puede ser otro que político, en tanto conjunto de normas orientado a la definición del orden social. Por lo demás, existiendo la necesidad de que el juez comprometa su criterio subjetivo en la toma de las decisiones en los casos difíciles, el empleo de la concepción personal no queda, sin embargo, librado a las meras inclinaciones emotivas e individual y debe, por el contrario, atenerse a procedimientos que faciliten el proceso de contrastación que, a continuación, corresponde efectuar a los jueces superiores y a los organismos de control en general.

Así, tanto en los casos difíciles como en los que pueden estimarse fáciles de resolver a la luz de las previsiones legales y los antecedentes, cada decisión debe estar respaldada por una base teórica clara y susceptible de explicitarse en el propio texto del fallo. Sin una teoría del Derecho el juez fallará el caso, únicamente, con base en la norma, regularmente tomada de manera descontextualizada.

Para Dworkin, pues, no existe aquella tajante separación que el positivismo pregonó entre "descripción" y "prescripción" y, en consecuencia, al fallar, el juez debe tener en cuenta que la norma no contiene todos los elementos necesarios para tomar una decisión y que, por tanto, es necesario contar con una teoría que permita ver claramente los alcances prescriptivos del conjunto normativo.

Tanto por la obligación de proferir sentencia -elemento indispensable para el cumplimiento de los objetivos sociales de resolver los conflictos surgidos entre los miembros del grupo- como por la necesidad de que, al hacerlo (fallar), se atiendan requisitos formales y materiales indispensables para que la determinación pueda contrastarse racionalmente, la actividad judicial se cumple dentro de patrones de carácter político y genera responsabilidad de la misma índole entre los funcionarios encargados de desarrollarla.

10

En Colombia, de manera particular, resulta frecuente el salto que la jurisdicción da por encima de las normas, manifestando la falta de domesticación de esa forma de poder político que son las sentencias y decisiones de los jueces, pues éstas

no son mas que las formas a través de las cuales se ejerce el poder (político) según ya lo expusiera claramente Foucault.¹² Al enunciar las *cuatro reglas generales* a las que obedece el estudio que presenta en la obra citada, propone en el numeral 2: "Analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder. Adoptar en cuanto a los castigos la perspectiva de la táctica política."¹³

Puede decirse entonces que, en primer lugar, el juez al juzgar o fallar no está "simplemente" aplicando el derecho o las normas, sino actuando en nombre del poder vigente que es, siempre y en todo caso, poder político. Se trata, entonces, de una "táctica política" -como dice Foucault- y de ello se deriva, por tanto, una responsabilidad política de quien la ejerce. Que se llegue a afirmar que esa responsabilidad es en frente del Estado, es decir, del Derecho, y no en frente de la sociedad, es otra cosa y ello ameritaría una discusión, pero hay, indudablemente, una responsabilidad política en el juez.

A la luz de la interpretación foucaultiana resulta claramente explicable la desviación que el poder judicial sufre en Colombia, pues la institución que mayor fuerza ha tomado en los últimos años denominada pomposamente como "justicia sin rostro", es un regreso a las instituciones medievales, en las cuales se impedía al reo todo conocimiento del procedimiento que se adelantaba, de las acusaciones que se le hacían, de los testigos y pruebas que existían contra él, etc.¹⁴ Para justificarla, esa institución se propone como un mecanismo del Estado para garantizar la imparcialidad y la invulnerabilidad de los jueces, pero, amén de eso, se constituye en la forma como el Estado garantiza su vigencia, como propicia su supervivencia. Es el Estado el que se siente atacado y el que define la política para alcanzar sus objetivos; para hacerlo -dentro del sistema-, la institución mencionada es una típica forma política de resolver problemas que, en principio sociales, el Estado asume como propios de su condición subjetiva.

Hay que tener en cuenta que, en la configuración del Estado, la aparición de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) es un momento tardío de su

12 Michel Foucault. *Vigilar y Castigar*. (Traducción Aurelio Garzón del Camino). México, Siglo Veintiuno Editores, 1976.

13 *Ibid.* p.30.

14 Cfr. *Ibid.* p. 41.

desarrollo y que, siendo en principio uno solo el Estado -es decir, concentrando las tres funciones-, la dispersión que sigue, o sea la división en los tres poderes, no es más que una fórmula diferente y fundamentalmente práctica que no niega el hecho de que cada uno de ellos constituye una manifestación del poder estatal y, por tanto, un elemento de ese producto político de la sociedad.

11

Algunas situaciones de hecho, como las producidas ya tradicional y comúnmente en las democracias precarias, han servido de referente para el uso acríptico del término "crisis política". Se confunde con frecuencia una crisis de gobierno o de "governabilidad", con una crisis política, mezclando lo que puede ser una mera circunstancia de incapacidad o inhabilidad de un gobierno o de sus miembros para enfrentar su tarea, con la contradicción entre los intereses políticos de la sociedad y los principios y contenidos de la actividad estatal plasmados en el Derecho, que es en lo que consiste, en último término, una verdadera crisis política.

En efecto, sólo existe, propiamente hablando, una crisis política, cuando podemos decir que se da una situación de incongruencia, incompatibilidad o contradicción entre los contenidos y las formas deseables de las instituciones políticas -lo que equivale a decir: forma y contenido de los intereses que la sociedad considera necesario alcanzar para garantizar la permanencia de sus estructuras y la realización de los objetivos comunes e individuales que dentro de ella se pretende promover- y la manera como, en un momento determinado, el Estado las lleva a cabo.

Son casos paradigmáticos de la crisis política, pues, la inexistencia o inoperancia de instituciones destinadas a brindar la seguridad pública de los ciudadanos (organismos de seguridad, policía, fuerzas militares, etc.), la ausencia o incapacidad de los organismos del Estado para garantizar el desarrollo de las actividades económicas tanto públicas como privadas (carencia de infraestructuras, inseguridad en materia de reglamentación de las actividades económicas, falta de control de las gestiones irregulares, etc.) y, ante todo, la inoperancia del sistema judicial porque precisamente es un sistema avocado a tocar a todos los individuos por igual.

Y es que el sistema judicial se revela inoperante, no sólo cuando estadísticamente se anuncian cifras de impunidad del 97% que lindan con lo grotesco, sino cuando en el fallo concreto se esquilmá al ciudadano; cuando se desconocen o se ocultan los hechos para eludir el Derecho; cuando, rindiendo culto fetichista a la norma, se niega la justicia y, en fin, cuando agotando el tiempo sólo al cabo de los años se profiere una sentencia con el peso de una lápida.

En tal cuadro, pintado pacientemente por la jurisdicción, ha perdido su prestigio el último de los poderes públicos y, lo que es más grave aún, a los ojos del ciudadano común ha perdido su razón de ser por la aparición, cada vez con mayor fuerza y vigencia, de lo que se ha dado en llamar los “grupos de justicia privada”. Es, pues, la forma de deslegitimación del Estado que ahora entra por la puerta de los tribunales produciendo la regresión del Derecho a la “ley del más fuerte”.

Esta desaparición de la justicia -en la que se conserva el órgano pero ha desaparecido la función- se constituye en una de las formas de autodestrucción del Estado que, así carente de la posibilidad de cumplir su propósito, se convierte en carga y obstáculo para el desarrollo de la sociedad y para que, dentro de ésta, logren los individuos la satisfacción de sus intereses y necesidades fundamentales.

