



REVISTA No. 25

Corte Suprema

Editor

Germán Gómez Rojas

Consejo Editorial

Francisco Javier Ricaurte Gómez

Ruth Marina Díaz Rueda

Eduardo López Villegas

Julio Enrique Socha Salamanca

Fotografía

Concurso "Colombia: Imágenes y realidades", 2003

Libro "Sobre hombros de gigantes, Una mirada de las niñas, niños y adolescentes de los barrios de Medellín".

Germán Gómez Rojas

COLPRENSA

contenido

La justicia, soporte de la democracia.....	1
Independencia judicial y construcción de la democracia.....	2
La independencia de los jueces en el contexto de la democracia.....	8
Relator especial sobre la independencia de los jueces y abogados	18
Derecho a la Verdad	20
Corte Interamericana de Derechos Humanos Aportes sobre independencia judicial	32
Persecución penal de violaciones de los derechos humanos Desafíos del Poder Judicial.....	42
Justicia y democracia	52
Altas Cortes, lucha contra la criminalidad organizada y corrupción política.....	58
Riesgos y garantías de la justicia en la democracia	64

Diseño gráfico e impresión
Imprenta Nacional de Colombia
Bogotá, D. C., Colombia - Diciembre, 2008

Oficina de Comunicación y Prensa
Palacio de Justicia - Calle 12 No. 7-65 - Piso 4°
Tels.: 5629080 - 562 2000 Ext. 1081
E-mail: GermanG@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Corte Suprema de Justicia

PRESIDENTE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

VICEPRESIDENTE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Presidente

Jaime Alberto Arrubla Paucar

Ruth Marina Díaz Rueda

Pedro Octavio Munar Cadena

William Namén Vargas

César Julio Valencia Copete

Edgardo Villamil Portilla

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CAMILO TARQUINO GALLEGO, Presidente

Elsy del Pilar Cuello Calderón

Gustavo Gnecco Mendoza

Eduardo López Villegas

Luis Javier Osorio López

Francisco Javier Ricaurte Gómez

Isaura Vargas Díaz

SALA DE CASACIÓN PENAL

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Presidente

José Leonidas Bustos Martínez

Alfredo Gómez Quintero

María del Rosario González de Lemos

Augusto José Ibáñez Guzmán

Jorge Luis Quintero Milanés

Yesid Ramírez Bastidas

Julio Enrique Socha Salamanca

Javier Zapata Ortiz

Agradecimientos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO
DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS
DERECHOS HUMANOS
COLOMBIA

Advertencia

Las afirmaciones y opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen el pensamiento institucional de la Corte Suprema de Justicia.

La justicia, soporte de la democracia

*“Permitir la primera injusticia
es abrir la puerta a todas las que siguen”*

Willy Brandt

La democracia, bien lo sabemos, es la piedra angular de la convivencia. Desde sus principios y valores, transmite seguridad a los ciudadanos, les proporciona unos derechos básicos y los mecanismos de defensa y protección. Pero para que la democracia sea posible debe existir un Poder Judicial equilibrado, imparcial e independiente frente a los otros poderes del Estado; un sistema de justicia atento a las tendencias de la sociedad, y plenamente consciente de su capital importancia para la buena salud del único imperio que tiene razón de ser: el imperio de la ley.

En ese imperio, el Poder Judicial constituye el último baluarte de países en tránsito hacia la paz, como el nuestro. Es el poder democrático situado en el último eslabón para enfrentar las estelas y la desolación de la guerra. Es el poder que enciende la antorcha de la tolerancia del hoy y el mañana. Es por eso que la ausencia del poder de los jueces borra cualquier posibilidad de supervivencia democrática. Es por eso que la vitalidad de la justicia es el compromiso ético de la humanidad con los pueblos, en cada rincón del mundo, en nuestro caso, Colombia.

La naturaleza propia de la misión distancia al judicial de los otros poderes instituidos del Estado. Como bien lo subraya el juez Aharon Barak, “el juez no es un político. No representa a un sector u otro. No tiene que presentarse a las elecciones cada pocos años ni que idear un programa electoral para tales propósitos. Más aún, el juez es neutral, alguien que juzga objetivamente el conflicto específico que tiene ante sí. Necesariamente, esta función de la que el juez

está dotado requiere la existencia de la independencia judicial como requisito previo”.

La legitimidad de la justicia descansa, entonces, en el desempeño del juez sujeto al imperio del ordenamiento jurídico. No se sitúa en el terreno de la validez por elección de la ciudadanía, pero tampoco en el libre albedrío. La independencia lo eleva a una posición privilegiada desde la que debe dar expresión al régimen democrático. Es decir, no permanece atado a los vaivenes de la opinión mayoritaria, pero tampoco ajeno a los dictados de los valores universales puestos a prueba por la democracia.

Un verdadero Estado democrático adquiere sentido en la medida en que le proporciona las herramientas adecuadas al juez para defender aquellos valores, los que se traducen en derechos y deberes ciudadanos, susceptibles de garantía judicial. En esa medida –vencida la pasividad y apatía características del Poder Judicial en sus orígenes más remotos–, la paz y la libertad duraderas vienen de la mano de la legalidad y el respeto pleno por la diversidad y los derechos humanos. Así, la democracia se apoya en una justicia sólida, independiente, capaz de proteger a los ciudadanos y con la fuerza suficiente para ser el punto de equilibrio de los otros poderes estatales.

En estas ideas se centró el *XI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria*, celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias los días 4 y 5 de septiembre de 2008. Ideas que tenemos el gusto de compartir y multiplicar en la presente edición, mediante las ponencias que allí se presentaron y debatieron.

Independencia judicial y construcción de la democracia



FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Introducción

El tema de la independencia judicial, sin duda, está ligado estrechamente a esa forma de gobierno que denominamos democracia, por la cual, las sociedades occidentales y las de buena parte de otros espacios geográficos han querido conducirse. Dicha forma de gobierno tiene como uno de sus pilares institucionales la separación de las ramas del poder público, a fin de garantizar su funcionamiento adecuado. Desde comienzos del proceso de la independencia norteamericana y luego con la Revolución Francesa, quedó claro que la rama judicial dejaba de ser en regímenes democráticos lo que había sido hasta entonces en las monarquías absolutas: un apéndice del ejecutivo.

En ese momento histórico, pensadores destacados de la independencia estadounidense como Hamilton y Hay atribuyeron a los jueces el honroso papel de defender las minorías, conscientes de que una democracia no podía funcionar si no se defendían también los derechos de aquellos que, por una u otra razón, disientían de las opiniones de las mayorías, que son las que en la democracia imponen las decisiones. Por eso, a los jueces se les asignó desde un principio independencia y autonomía, en desarrollo de las cuales solo podían atender en sus providencias la letra de la ley. Así fue durante mucho tiempo, hasta bien entrado el siglo XX, cuando la escuela positivista imprimió a la legislación un carácter sacramental, que dejaba en el accionar intelectual de los jueces escaso margen al proceso de interpretación y que, obviamente, acentuó su carácter.

Más recientemente, el Estado de Derecho ha conseguido evolucionar hacia un modelo de Estado constitucional, que determina la primacía de las disposiciones constitucionales, que incorporan en su texto los

principios y valores de una sociedad democrática determinada. Todo ello, por supuesto, sin detrimento de la ley. El resultado es que la administración de justicia podría haber llegado a una etapa de desarrollo que, en opinión de algunos especialistas, entrañaría una visión particular de la democracia, basada en la salvaguardia del disenso de que hablaran los padres de la patria norteamericana.

Esa postura logra toda su validez en una sociedad como la actual, que se autocalifica de pluralista, en la que tienen cabida las más diversas expresiones sociales, las más disímiles cosmovisiones y las más diferentes actitudes y comportamientos que hacen que el disenso se convierta en el hecho más representativo de la vida social. En beneficio de este, la democracia se convierte en un instrumento definitivo y el sistema de justicia adquiere una nueva dimensión, que garantiza la viabilidad de una sociedad, como se ha podido advertir en algunos modelos de resolución de conflictos incorporados en nuestras instituciones. En ese contexto, corresponde a los jueces, bajo el signo de la independencia y la autonomía, llenar en la sociedad el vacío que el sistema deja sin satisfacer.

Por esa razón puede decirse, como bien lo revela el enunciado general de este seminario de la jurisdicción ordinaria, que la justicia se ha constituido en el soporte de la democracia, hoy más amenazada que nunca en nuestro país por la estrategia sistemática que, desde otro poder, se viene utilizando para desprestigiarla y, por ese camino, deslegitimar sus decisiones.

2. Constitucionalización de los sistemas jurídicos, democracia y derechos fundamentales

El concepto de Estado de Derecho consistía, de acuerdo con el modelo tradicional, que surgió a partir de la paz de Westfalia, en la primacía de la ley y la omnipotencia democrática de la mayoría. Se fundamentaba,



© Germán Gómez Rojas

en consecuencia, en la noción clásica de soberanía, entendida como una "potestas legibus solutus", cuyo propósito esencial era poner freno a los poderes omnímodos del rey. En ese sistema democrático, el papel del juez en calidad de órgano sujeto a la ley se configuraba como una mera función técnica de aplicación de aquella, cualquiera que fuere su contenido.

Pero las Constituciones Políticas expedidas en Europa durante la posguerra generaron un cambio radical del paradigma del derecho moderno, al propiciar la transformación de la naturaleza del derecho, de la política y de la propia democracia. En el ámbito de la teoría del derecho, este se expresa en la subordinación de la ley a él y la consecuente disociación entre la vigencia y la validez de las normas. Dice Ferrajoli: "Por consiguiente, en el Estado Constitucional de Derecho, el legislador no es omnipotente en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sea, producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son, si además son coherentes con los principios constitucionales".

Es decir, el Estado Constitucional de Derecho se apoya en la idea de la "soberanía restringida", que el proceso de globalización promueve para el mejor desarrollo de las relaciones internacionales y que propone lí-

La justicia se ha constituido en el soporte de la democracia, hoy más amenazada que nunca en nuestro país por la estrategia sistemática que, desde otro poder, se viene utilizando para desprestigiarla y, por ese camino, deslegitimar sus decisiones.

mites al poder de las mayorías. De esa forma, se reconoce la existencia de las minorías como motivo de supervivencia de la democracia, y los derechos fundamentales se erigen en el mecanismo de salvaguardia de que disfruta todo individuo.

Por esa vía se llega a lo que dicho autor denomina "la conquista más importante del derecho contemporáneo", manifestada en la protección judicial de la persona humana y los derechos judiciales frente a la ley. El fundamento de este cambio trascendental radica en que la democracia y la Constitución Política no son posibles allí donde estos atributos inalienables carezcan de la protección eficaz. En el Estado Constitucional de Derecho hay una subordinación de la ley a la Constitución Política, de manera que la primera solo vale en la medida en que respeta a la segunda.



© Samuel Saldarriaga

La ciudadanía aspira a que sus necesidades lleguen a convertirse en derechos y a que sus tragedias sean eficientemente investigadas por la justicia. Por eso, los derechos fundamentales se constituyen en el entramado esencial de todo régimen democrático.

La vigencia de una democracia presupone la efectiva protección de los derechos humanos fundamentales. Por esa razón, autores como O'Donnell han propuesto incorporar las dimensiones de un Estado de Derecho al concepto de democracia, con el objeto de ajustarlo a las necesidades del momento. Es decir, junto a la tradicional caracterización que un Estado debe tener para ser calificado como tal, como el hecho de celebrar procesos electorales libres, abiertos e incluyentes y de reconocer los llamados derechos políticos, como la libertad de expresión o de asociación, es imperativo incluir nuevos atributos como el acceso a la justicia, la implementación de los mecanismos horizontales de rendición de cuentas, la eficacia del sistema de justicia y la independencia judicial.

En ese sentido, el concepto de democracia actual es eminentemente operativo y, por tanto, no se fundamenta exclusivamente en el gobierno de las mayorías, como se entendía antes. Bien lo dijo Bobbio: una democracia que sólo funciona respaldada por las mayorías es como un barco sin timón, con las velas desplegadas al viento. Algo de eso, desgraciadamente, viene ocurriendo en Colombia, donde, con criterio simplista, se cree que el hecho de contar en la opinión pública con unas mayorías justificadas por las encuestas es suficiente para afirmar que se gobierna democráticamente.

Las Constituciones actuales reconocen a la persona, en su relación social, una posición de centralidad, que se traduce en la consagración de valores, derechos y principios como la dignidad humana. En el curso de la vida cotidiana, esa responsabilidad recae en los jueces, cuya interpretación debe tener en cuenta este aspecto establecido en la ley, pero, primordialmente, en los tratados internacionales sobre la materia. En esa dirección, el quehacer interpretativo del Juez no obedece a los parámetros ordinarios, sino que atiende a criterios especiales.

3. Democracia, disenso e independencia judicial

Se ha dicho que la democracia no es suficiente para garantizar el buen funcionamiento de la justicia, lo cual es evidente en sociedades como la nuestra, que se autocalifican de democráticas, e incluso

en otras, más avanzadas, que adoptan esa forma de gobierno. Ello ocurre porque las injusticias se perciben frecuentemente como formas de dominación de un grupo determinado sobre otro u otros, lo cual contradice la esencia de la democracia, o también porque las instituciones políticas o jurídicas fueron diseñadas de tal manera que generan desajustes sociales. Como dice Sen, una democracia insensible a las razones de la justicia pierde legitimidad.

En este orden de ideas, la democracia condiciona las diversas teorías de la justicia, pero esta a su vez sirve para evaluar el rendimiento de los distintos modelos que de ella se han construido, como sucede con las teorías de Rawls, Walzer y McIntyre. Así las cosas, habría que comenzar por preguntarse en qué consiste la democracia. Pues bien, desde una perspectiva simplista, se sabe que, de acuerdo con su etimología, la democracia es el gobierno del pueblo, tal como la entendieron los griegos. Pero también se sabe que la democracia es un concepto problemático que, a la manera de un prisma, puede examinarse desde la perspectiva de la política, la sociedad o el derecho. Por eso, el propósito de definirla ha sido siempre en buena parte un fracaso, porque quien lo intenta no puede dejar de lado sus componentes teórico, ideológico y político. Además, las sociedades conocidas como democráticas son dueñas de una gran variedad de instituciones, así como de regímenes de gobierno inspirados en las más variadas ideologías. Bobbio fue uno de los primeros que decidió emprender el análisis de la democracia desde un enfoque estrictamente jurídico. Este autor piensa que hay varios de sus componentes que permanecen, pero un análisis certero no puede reducirse a lo que permanece, sino especialmente a lo que se modifica, dado su dinamismo.

Desde una perspectiva más reciente, Dahl y Sartori la han examinado a partir de una caracterización que deriva de las sociedades democráticas recientes, al definirla como una forma de gobierno en la que las preferencias de los ciudadanos, considerados como iguales, son tenidas en cuenta constante y diligentemente por las autoridades.

Sin embargo, se puede afirmar que las teorías acerca de la democracia y la necesaria fundamentación de quienes optan por una orientación u otra se pueden reducir a tres. Por un lado, está la de quienes piensan en la democracia como instrumento (Schumpeter, Buchanan, Popper). Por el otro, la de los estudiosos del tema que creen que es un hecho histórico (Rorty, Walzer, McIntyre) y, por último, la que la entiende como principio (Habermas, Cohen, Gargarella). De alguna manera, teniendo validez todas ellas, solo la última corresponde a una concepción epistémica, y por eso, de cierta forma, resume a las otras dos.

En todo caso, un consenso mínimo, basado en consideraciones de orden filosófico que avalen la superioridad de determinada teoría de la democracia, especialmente si quisiera universalizarse, podría disfrazar cierta hegemonía en favor de aquella. Y es allí donde aflora

La Corte Suprema de Justicia, haciendo honor a los compromisos internacionales del Estado colombiano, está empeñada en combatir la impunidad en los llamados procesos de la “parapolítica”.

en el seno de sociedades pluralistas el tema del disenso, que, entre paréntesis, reconocen todas las formulaciones teóricas. En opinión de Vargas Machuca, ello se debe a la pluralidad de estilos de vida, de propósitos diferenciados o contrapuestos, que consolidan formas de interacción social no solo complejas, sino vinculadas a múltiples conflictos de intereses.

En efecto, el desafío más agobiante que tienen hoy las distintas sociedades democráticas es la complejidad social que revelan todas ellas, así como sus crecientes desigualdades, porque han tenido que reconocer su heterogeneidad y las necesidades se acrecientan cotidianamente. El sistema de derecho debe tener la capacidad de justificar las decisiones públicas. En ese sentido, en opinión de Habermas, "solo pueden pretender legitimidad aquellas regulaciones normativas y formas de acción a las que todos los posibles afectados pudieren prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales".

Todo esto ha conducido a sociedades pluralistas —como se autodefine la nuestra— a pensar en el disenso, ya que su desconocimiento deriva en la crisis de representatividad de la clase política tradicional. Al respecto, afirma Bobbio: "El pluralismo se conecta con el disenso. Esto es sólo posible en una sociedad pluralista. Más aún, no sólo es posible sino necesario. Todo se encadena; la libertad del disenso tiene necesidad de una sociedad pluralista; una sociedad pluralista permite una mayor distribución del poder; una mayor distribución del poder abre las puertas a la democratización de la sociedad civil y la democratización de la sociedad civil amplía e integra la democracia política". Partir del disenso y no sólo del consenso entraña un propósito para llenar de contenido los criterios formales de justicia, reducidos a una generalización perjudicial para todo el sistema.

Actualmente, en sociedades pluralistas y multiculturales, el disenso es el hecho más representativo de la vida social. Pero, además, aceptar el disenso significa reconocer la importancia en la democracia de las minorías políticas, étnicas y culturales, entre otras. En ese sentido, como se sabe, a los jueces se les atribuyó, históricamente, la defensa de las minorías. No se trata, entonces, de algo novedoso, sino de una atribución que la rama jurisdiccional viene cumpliendo



© Juan Carlos Sierra / Semana

de alguna manera desde que se hizo realidad el tema de la separación de los poderes públicos.

En el día a día del desenvolvimiento de una sociedad democrática, los jueces acaban siendo los destinatarios de las nuevas demandas sociales o de otras, no tan recientes, que no alcanzaron a materializarse en el programa de gobierno vigente, o que venían siendo postergadas en administraciones anteriores. La ciudadanía aspira, por ejemplo, a que sus necesidades lleguen a convertirse en derechos y a que sus tragedias sean eficientemente investigadas por la justicia. Por eso, los derechos fundamentales se constituyen en el entramado esencial de todo régimen democrático, en la medida en que tratan de necesidades primarias que, como la vida, la salud, la educación, el trabajo, entre otras, están estrechamente vinculadas con la dignidad humana y explican por qué la Corte Suprema de Justicia, haciendo honor a los compromisos internacionales del Estado colombiano, está empeñada en combatir la impunidad en los llamados procesos de la “parapolítica”.

En el fondo, la esencia de toda democracia se reduce al hecho de gobernar con el consentimiento de los gobernados, desarrollando su actividad de tal forma, que atienda las demandas de la mayoría

sin desmedro de los derechos de la minoría. Y, en ese contexto, es posible desvelar el significado de la independencia judicial en el momento actual, que tiene que entenderse como la facultad de los jueces para proferir sus fallos desde el derecho, en el marco de sus poderes y sus deberes. En ese sentido, el juez que juzga desde el derecho es un juez independiente.

La Asamblea General de la ONU recogió, en varias resoluciones, lo que denominó “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”. En dichos instrumentos internacionales, las Naciones Unidas dicen que hay independencia judicial cuando “los jueces resuelven los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

De ahí se desprende claramente que se amenaza a la independencia judicial cuando el Presidente de la República dirige críticas a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en las que nos tilda de prevaricadores, de golpistas, de tener un “sesgo ideológico”, de comparar nuestras decisiones con “pescas milagrosas” y de seña-

larnos de “cohonestadores del terrorismo” y de calificar nuestras actuaciones como el “coletazo agónico del terrorismo”.

La independencia judicial consiste, en síntesis, en no estar sometido a ninguna voluntad que no sea la de la Constitución Política y la ley, pero también en que los fallos se originan en la idea de que el derecho debe interpretarse teniendo en cuenta al hombre en su vida social, como lo prescriben los derechos fundamentales. Parafraseando a Ascarelli, el jurista, en este caso el juez, debe ser no solamente el guardián de una tradición, sino también el garante de la innovación. En ese orden de ideas, el juez, gracias a su independencia y autonomía, resulta ser el vértice de una tríada que conforman, en un extremo, la democracia, en el otro, la justicia y, en el extremo inferior, la independencia judicial, que se mueven sobre un fondo circular denominado ciudadanía. En los dos primeros, democracia y justicia, se manejan concepciones generales y abstractas, que confluyen en el último vértice, cuyo referente es el caso concreto, que es la proyección judicial de la actividad cotidiana de la ciudadanía.

En consecuencia, en la estricta sujeción a la Constitución y la ley encuentran los jueces su legitimación democrática, que, por supuesto, no es de origen sino de ejercicio y, por tanto, estos, al aplicar la ley, no hacen cosa distinta que reconocer la voluntad soberana de la ciudadanía.

4. Bases para una verdadera reforma de la justicia

Se habla ahora, como siempre, alegremente, de una reforma de la justicia. Como se sabe, el Gobierno Nacional ha presentado a consideración del Congreso un proyecto de reforma que está destinado, como tantos otros en las últimas décadas, al rotundo fracaso, porque no tiene como objetivo central a su principal beneficiario: la ciudadanía. Y decimos esto porque, aunque se convierta en Ley de la República, no solucionará los problemas que dice va a resolver, ya que ha sido concebido desde una óptica fragmentaria, que hace caso omiso del tratamiento integral que requiere.

Una verdadera reforma de la justicia tiene que partir de la base, es decir, de la ciudadanía, porque, en últimas, se trata de un servicio público que ha sido concebido para beneficio suyo, y este aspecto brilla por su ausencia en el referido proyecto.

Reconocer a la ciudadanía como usuaria de la justicia implica facilitar su acceso a esta en condiciones de igualdad, y a la prestación de los servicios que requiera, sea cual fuere la situación social, económica u origen étnico del interesado.

En este orden de ideas, desde el vértice de la democracia, es necesario establecer que una sociedad que se precie de tal, en el marco de una reforma de la justicia, tiene que comenzar por promover una cultura jurídica de respeto y promoción de los derechos. Y en ese propósito, la estrategia debe alcanzar a la abigarrada masa de colombianos que vive en la marginalidad y que, por supuesto, no

acceden a los servicios de la justicia. Una campaña de esa naturaleza está orientada a crear un ciudadano más activo, que pueda reconocer su pertenencia a una sociedad determinada.

Ahora bien, desde el vértice de la justicia, una reforma judicial supone una capacitación especial de los jueces, que entrañe un conocimiento más profundo del derecho internacional, desde cuya orilla, como lo prescribe nuestra Constitución Política, se han impuesto los derechos humanos en el ámbito interno. Los jueces están obligados a incorporar en sus providencias no sólo los textos internacionales, sino las observaciones y recomendaciones que hacen los órganos de la ONU encargados de la vigilancia de los tratados de derechos humanos.

Por último, dicha reforma deviene en inconveniente, dado que se presenta en un momento crucial de nuestro país, el del levantamiento del velo de una impunidad histórica, por la cual algunos congresistas vienen siendo investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia por sus nexos con grupos al margen de la ley.

Y es que cambiar las competencias constitucionales en este momento tiene implicaciones profundas en la estructura del Estado y en su sistema de pesos y contrapesos; además, no consulta las necesidades de nuestra Nación.

De todas maneras, la Corte Suprema de Justicia continuará cumpliendo, sin temor alguno, con las funciones que le han asignado la Constitución y la Ley, pese a los embates que se vienen fraguando en su contra desde el Gobierno para desacreditarla y deslegitimar las investigaciones que adelanta con estricta sujeción a los principios universales del debido proceso y de defensa de los procesados. La Corte, así como, hace más de dos décadas, no se dejó amedrentar de los violentos que quisieron acallarla y consumirla en llamas, tampoco lo hará ahora frente a quienes pretenden silenciarla para que campee la impunidad.

Se amenaza la independencia judicial cuando el Presidente de la República dirige críticas a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en las que nos tilda de prevaricadores, de golpistas, de tener un “sesgo ideológico”, de comparar nuestras decisiones con “pescas milagrosas” y de señalarnos de “cohonestadores del terrorismo” y de calificar nuestras actuaciones como el “coletazo agónico del terrorismo”.

La independencia de los jueces en el contexto de la democracia



LEANDRO O. DESPOUY

RELATOR ESPECIAL DE LA ONU PARA LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y ABOGADOS

Intentaré transmitir mi experiencia de seis años como Relator Especial de las Naciones Unidas para la independencia de los jueces y abogados y el sentido que tiene para nuestras sociedades la defensa de la independencia de la Justicia. También me referiré a mis intervenciones en algunos casos que tuvieron mucha trascendencia, como el de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, el de la República del Ecuador e Italia.

Mandato del Relator Especial

En primer lugar, quiero decirles que la independencia de la justicia no es un triunfo, ni una victoria fácil de obtener. Siempre –hasta hoy– ha requerido de los jueces entereza, esfuerzos y fuertes convicciones. Los jueces son y tienen que ser los principales defensores de su propia justicia. Y en esto hay una responsabilidad que la historia ratifica.

Mi tarea como Relator Especial, las visitas que realizo y los informes que elaboro y presento ante el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas conforman un escenario muy particular, en el que se desarrolla una intensa actividad en defensa del sistema judicial, de sus actores y beneficiarios en todas las regiones del mundo. Al mismo tiempo, pone de manifiesto hasta qué punto la judicatura y sus actores están constantemente expuestos y con qué frecuencia ven comprometidas su seguridad e independencia. La labor del Relator Especial tiende a ofrecerles protección y, paralelamente, a jerarquizar la labor de la justicia defendiendo su independencia y su importante tarea. Otra actividad clave la constituyen las misiones a países. Dichas visitas son una herramienta sumamente ágil y eficiente para entablar un diálogo directo con todos los actores nacionales vinculados a la Justicia y al resguardo de su independencia.

Origen y alcance del mandato

El mandato fue formalmente establecido en 1994 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹ –hoy Consejo de Derechos Humanos²–. Se trataba de determinar, investigar y registrar cualquier quebrantamiento de la independencia de los magistrados, de los abogados y de los auxiliares de la Justicia; y de registrar los progresos realizados en la protección y el fortalecimiento de dicha independencia, en particular, sobre la base del examen de denuncias y de información procedente de distintas fuentes sobre situaciones y cuestiones concretas.

En un comienzo, la Relatoría estaba dirigida, sobre todo, a defender a aquellos jueces, abogados, fiscales y defensores que eran objeto de intimidación, de atentados o que sufrían algún tipo de coacción por el ejercicio de sus funciones. Con el tiempo, el mandato se amplió, al comprobar que se puede condicionar el funcionamiento de la Justicia a través de la presión directa y también de mecanismos de orden presupuestario y económico; y no sólo al Poder Judicial, sino también a los abogados y a los integrantes del Ministerio Público (considerado en la legislación argentina como *extrapoder*), por lo que es necesario examinar las disfunciones susceptibles de afectar su independencia. Además, otro elemento central de la Relatoría es garantizar el respeto del derecho a un justo proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso efectivo. A medida que se avanzaba, el mandato se iba ampliando y hoy esta Relatoría abarca todo lo que es inherente al sistema judicial; no solamente la justicia ordinaria, sino también los tribunales de excepción, militares, administrativos,

¹ Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 4 de marzo de 1994.

² A/RES/60/251 de la Asamblea General.



© Germán Gómez Rojas

Nadie puede decir hoy que el país ha ganado cuando ha triunfado la política y ha perdido la justicia.

etc. Es decir, todo aquello que pueda afectar la independencia de la Justicia es competencia de la Relatoría³.

Procedimientos especiales de las Naciones Unidas

En el sistema de las Naciones Unidas, todos los Estados parte deben pasar en algún momento una suerte de “examen” en el Consejo de Derechos Humanos. El Consejo prevé la posibilidad de que un experto, o un grupo de trabajo, aborden el tratamiento de temas específicos. Además del concerniente a la independencia de jueces y abogados, existen otros relatores, como el que examina la problemática de la tortura, las ejecuciones sumarias y arbitrarias; y otros grupos de trabajo, como por ejemplo sobre detenciones arbitrarias, desaparición forzada de personas, etc. Ellos conforman los llamados “procedimientos especiales” de la ONU⁴. La Relatoría es uno de ellos.

³ Véase en la página 18 “Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los jueces y abogados”.

⁴ La expresión “procedimientos especiales” se refiere a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos para hacer frente, o bien a situaciones concretas en los países, o a cuestiones temáticas en todo el mundo. Actualmente, hay 29 mandatos temáticos y 9 mandatos por país. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos

El desarrollo de las comunicaciones permite que nuestro trabajo se haya agilizad notablemente. En la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Ginebra recibimos información y denuncias de todo el mundo, primordialmente a través de Internet. Una vez establecida su pertinencia, se pueden llevar a cabo distintas intervenciones: efectuar un llamado urgente a un gobierno, cuando se trata de una violación que se está configurando o se acaba de configurar; o bien enviar una carta de alegación, un tanto más extensa, cuando se trata de una situación jurídica más compleja. Cuando hay

Humanos presta apoyo a estos mecanismos facilitándoles el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos. Los procedimientos especiales pueden estar integrados por una persona (denominada “Relator Especial”, “Representante Especial del Secretario General”, “Representante del Secretario General” o “Experto Independiente”), o por un grupo de trabajo compuesto por lo general de cinco miembros (uno de cada región). Los mandatos de los procedimientos especiales son establecidos y definidos por la resolución que los crea. Los titulares de mandatos de los procedimientos especiales cumplen su función a título personal y no reciben sueldo ni ninguna otra retribución financiera por su labor. El carácter independiente de los titulares de mandatos es fundamental para que puedan desempeñar sus funciones con total imparcialidad. Ver información completa en URL: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/>

inminencia, se actúa a través de un comunicado de prensa que se publica en las grandes agencias internacionales desde Ginebra, Nueva York y, frecuentemente, en el propio país, para tratar de incidir de una manera eficaz. El resultado de este trabajo se cristaliza en distintos informes con las características que se describen en el mandato de la relatoría a mi cargo⁵.

La importancia de esta tarea es que el material resultante de las intervenciones del Relator, de las visitas a países, de los informes generales que produce cada año y los informes especiales, es traducido y editado en las distintas lenguas de trabajo de Naciones Unidas, y sometido a tratamiento público tanto en el Consejo de Derechos Humanos como en la Asamblea General. Vale decir que, además de constituir un procedimiento que permite realizar un debate interactivo entre el Relator, los representantes de Estados y las ONG, ofrece la posibilidad de que ciertos temas de fondo, como la lucha contra la impunidad, el derecho

de acceso a la justicia⁶, la problemática de la justicia en transición, la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción, la justicia militar, etc., sean objeto de un desarrollo particular en los informes generales que, con frecuencia, se convierten en verdaderos aportes en materia jurídica.

El derecho a la verdad y su vinculación con el derecho a la justicia y a la reparación ha sido abordado en el Informe⁷ presentado el 23 de enero de 2006 a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Recomiendo su lectura por su pertinencia y la actualidad que este tema tiene para la Justicia colombiana, sobre todo luego de la adop-

⁵ Pág. 18 "Relator Especial...".

⁶ En junio de 2008 presenté el Informe A/HRC/8/4 de 13 de mayo de 2008, que incluye el tratamiento del Derecho a la Justicia.

⁷ E/CN.4/2006/52 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 62º período de sesiones Tema 11 d) del programa provisional. Disponible en URL: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=87 . Véase la página 20 de esta revista.



ción de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005, promulgada el 25 de julio de ese año)⁸.

Como dije al principio, me interesaría hablarles de otro tipo de situaciones, más cercanas, que en algún sentido ilustran los planteamientos concernientes a la independencia de la justicia, cuando he tenido que intervenir en situaciones de aplicación de mi mandato y se ha invocado el principio de soberanía o el carácter democrático del país. En esta oportunidad me referiré a tres situaciones concretas que ilustran el funcionamiento de la Relatoría: los casos de Guantánamo, Ecuador e Italia

1. Informe Especial sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo

La preocupación de la comunidad internacional por la situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo y de quienes se encontraban en

⁸ Derecho a la Verdad, Informe E/CN.4/2006/52. Pág. 20 de esta revista.

Cuando aliento a los jueces a defender la independencia de la justicia, lo hago por ellos, por la ciudadanía y porque sé que es terrible vivir en una sociedad que no cree en su propia Justicia. Cuando un juez, cualquier juez, defiende su independencia, advierte que al hacerlo va en el sentido de la historia.



las cárceles administradas por las fuerzas de la Coalición en Iraq y Afganistán motivó que varios titulares de mandatos de la Comisión de Derechos Humanos solicitaran, infructuosamente, visitar esos establecimientos. Durante la XI Reunión Anual de los Procedimientos Especiales, en junio de 2004, todos los titulares de mandato confiaron a cinco Relatores Especiales –Presidenta–Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt– que elaboraran un informe y solicitaron a los gobiernos que fueran “autorizados a visitar, conjuntamente y a la mayor brevedad posible, a las personas detenidas, encarceladas o procesadas por delitos de terrorismo u otras presuntas violaciones en Iraq, Afganistán, la base militar de Guantánamo, con el fin de garantizar, cada uno de ellos en el marco de su mandato, que las normas internacionales de Derechos Humanos se respetaban debidamente en relación con esas personas”. A pesar de las numerosas comunicaciones enviadas e intercambiadas con el Gobierno de los Estados Unidos para visitar a los detenidos en la cárcel de Guantánamo, los expertos decidimos no realizar la visita proyectada, por cuanto las condiciones ofrecidas por los Estados Unidos, además de limitarse a tres expertos y un solo día de estadía en el centro de detención, excluían la posibilidad de entrevistar en forma privada a los detenidos, en evidente contravención de las condiciones en que deben realizarse las misiones de las Naciones Unidas. No obstante ello, los expertos llevamos a cabo nuestro cometido.

Se ha ido afianzando en los pueblos y en los gobiernos la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino, sobre todo, en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales..

El informe E/CN.4/2006/120 consta de un estudio profundo basado en las respuestas del Gobierno de los Estados Unidos a un cuestionario que le remitíramos los titulares de mandatos, en las entrevistas que realizamos a ex detenidos que en la actualidad residen o están

detenidos en España, Francia y el Reino Unido, y en las respuestas de los abogados, en nombre de algunas personas detenidas en la bahía de Guantánamo. Así también, en información de dominio público, en particular, informes elaborados por ONG e información contenida en documentos oficiales de los Estados Unidos que han sido desclasificados o difundidos por los medios de comunicación. El informe plantea una serie de importantes y complejas cuestiones de Derechos Humanos en el ámbito internacional.

En síntesis, nuestro informe E/CN.4/2006/52 ratifica las afirmaciones contenidas en el informe anterior E/CN.4/2005/60, en cuanto a la aplicabilidad a los detenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Confirma que las Comisiones Militares han violado numerosos derechos fundamentales, particularmente los artículos 9° y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y cuestiona el funcionamiento del Tribunal de Determinación del Estatuto de los Combatientes y las Juntas Administrativas de Revisión.

Con respecto a las condiciones de detención, el informe censura las técnicas de interrogatorio, particularmente si se emplean de manera simultánea, pues constituyen tratos degradantes, en quebrantamiento de los artículos 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 16 de la Convención contra la Tortura. Más aún, si la víctima padeció grandes dolores o sufrimientos, ello constituye tortura tal como está definida en el artículo 1° de la Convención. Confirma que los detenidos han sido víctimas de violaciones al derecho a la libertad de religión en violación del artículo 18 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración de 1981. Reitera que las condiciones de detención constituyen una violación del derecho a la salud. Y expresa preocupación por los eventuales incumplimientos de las normas éticas por los profesionales de la salud del centro de detención, en particular, durante los interrogatorios.

El informe recomienda al Gobierno de los Estados Unidos:

- Enjuiciar con prontitud a todos los detenidos, de conformidad con el párrafo 3° del artículo 9° y con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o ponerlos en libertad sin más demora, así como considerar la posibilidad de enjuiciar a los sospechosos de terrorismo ante un tribunal internacional competente.
- Clausurar el centro de detención de la Bahía de Guantánamo sin más demora.
- Abstenerse de toda práctica que constituya tortura, u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, discriminación fundada en la religión, o violación de los derechos a la salud y a la libertad de religión.
- Revocar inmediatamente todas las técnicas especiales de interrogatorio autorizadas por el Departamento de Defensa.



© COLPRENSA

- Abstenerse de expulsar, devolver, extraditar o entregar a los detenidos a Estados donde haya motivos fundados para pensar que correrían el riesgo de ser torturados.
- Garantizar a cada detenido el derecho a presentar una queja sobre el trato que se le haya dispensado.
- Garantizar que todas las denuncias de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sean objeto de una minuciosa investigación por una autoridad independiente, y que sean enjuiciadas todos los responsables.
- Asegurar que todas las víctimas obtengan una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación.
- Asegurar que no se alimente por la fuerza a ningún detenido.

Luego de la publicación del Informe, hubo un fuerte apoyo al pedido de cierre de Guantánamo por figuras e instituciones altamente influ-

yentes, como el Secretario General de la ONU, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y organizaciones regionales como el Parlamento Europeo y la Presidencia de la Unión Europea.

Una anécdota ilustra las expectativas que generó este informe. En febrero de 2006, sorprendentemente, un borrador del informe se publicó como trascendido y fue portada de los principales diarios del mundo —entre ellos el New York Times—. Esta inusual propagación de un borrador de la ONU da cuenta de la sensibilidad e interés en un tema crucial que fue noticia en el mundo incluso antes de que lo tratara el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ya en enero de 2005 se habían conocido los terribles abusos cometidos en la prisión iraquí de Abu Ghraib que también fueron motivo de reclamo de esta Relatoría.

En junio de 2008 y a pesar del rechazo del Informe por el gobierno de los Estados Unidos, un fallo ejemplar de la Corte Suprema de ese país respaldó estas premisas y reconoció a los detenidos en Guantánamo

el derecho de habeas corpus que la Constitución norteamericana reconoce a todos sus ciudadanos⁹.

2. El caso del Ecuador

El caso del Ecuador no sólo constituye un ejemplo acabado de la labor de la Relatoría sino que es, además, una muestra palpable de la importancia del Poder Judicial en la vida democrática de un país. La actividad desplegada por la Relatoría en el caso del Ecuador se trata en dos informes. Haré un sucinto relato:

Como se recordará, a fines de 2004 el Poder Judicial del Ecuador se encontraba en una grave crisis a consecuencia de la destitución inconstitucional de la Corte Suprema de Justicia, precedida de una medida similar con respecto a los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral. La situación política y social que se desencadenó a partir de estos acontecimientos generó un clima de inestabilidad institucional de tal magnitud que culminó con la destitución del Presidente de la República, Lucio Gutiérrez.

Apoyado en mi mandato y en respuesta a una invitación cursada por el Gobierno, visité el país en tres oportunidades. Tras la primera misión, elaboré el “Informe preliminar sobre la misión al Ecuador (E/CN.4/2005/60/Add.4), que fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 29 de marzo de 2005, días antes de la caída del Presidente Gutiérrez. Allí se insta a las autoridades a restablecer el Estado de derecho y se formulan recomendaciones para constituir una Corte Suprema de Justicia independiente. En julio de 2005, visité el país por segunda vez, a fin de hacer un seguimiento de las recomendaciones formuladas en el Informe preliminar. La visita se llevó a cabo luego

⁹ “La Corte Suprema de los EE UU ha emitido un fallo (12/06/08) que reconoce el derecho de habeas corpus para los detenidos en la base militar de la Bahía de Guantánamo, – sospechosos de terrorismo– y que deja muy atrás aquella antigua jurisprudencia que les negaba ese derecho por considerarlos “extranjeros en territorio extranjero”. Se trata del tercer fallo que contradice la voluntad de la administración Bush, de impedir la aplicación de la ley norteamericana a las personas identificadas como “enemigos combatientes”. Los fallos anteriores ya habían declarado la ilegalidad de las comisiones especiales creadas para juzgar a los detenidos en Guantánamo por ser violatorias de los Convenios de Ginebra y del Código de Justicia Militar estadounidenses. El fallo actual, sustentado en los casos de Boumedienev/ Bush y Al-Odah v. Estados Unidos avanza sobre un tema crucial como es admitir la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para que esos detenidos –actualmente unos 270– puedan invocar ciertas garantías, como el hábeas corpus, que la Constitución norteamericana reconoce a todos sus ciudadanos”. Leandro Despouy “Un Fallo ejemplar y trascendente” Artículo publicado en el diario La Nación, Buenos Aires 13 de junio de 2008. Disponible en URL: http://www.lanacion.com.ar/exterior/nota.asp?nota_id=1021120.

de la asunción del presidente Alfredo Palacio. El Congreso Nacional había aprobado la reforma de la Ley Orgánica de la Función Judicial que establecía un mecanismo ad hoc de selección de los miembros de la Corte Suprema, a través de un Comité de Calificación.

A fin de conferir mayor transparencia al proceso de selección de magistrados, se promovió, de conformidad con la legislación ecuatoriana y con los tratados internacionales, el establecimiento de veedurías nacionales e internacionales. El proceso de selección, que culminó con la designación de 31 jueces y 21 conjuces de la Corte Suprema de Justicia, contó, por primera vez en la historia del Ecuador, con audiencias públicas y transparentes bajo el control ciudadano, en las que impugnantes e impugnados presentaron oralmente sus argumentos. Mi informe “Misión de seguimiento al Ecuador” del 31 de enero de 2006 (E/CN.4/2006/52/Add.2) da cuenta, detalladamente, de las actividades que llevé a cabo para ayudar a resolver la crisis y de la integración de una nueva Corte Suprema de Justicia, acaecida el 30 de noviembre de 2005. En mi última visita, a pedido del gobierno, presencié la asunción de funciones de la nueva Corte Suprema.

Cabe destacar la originalidad de esta experiencia: el proceso se caracterizó por la transparencia, el control ciudadano, la supervisión de observadores nacionales e internacionales y la participación de jueces de otros países de la región y de instancias internacionales de la órbita judicial. Asimismo, la presencia de las Naciones Unidas en el proceso de integración de la nueva Corte y la forma en que se articularon los distintos componentes del sistema de las Naciones Unidas constituyen una verdadera innovación en las actividades de esta Relatoría y de la ONU y, a su vez, sienta un precedente de la positiva articulación que puede establecerse entre las Naciones Unidas y otros organismos: la OEA, la CAN y las asociaciones de abogados y magistrados del ámbito nacional e internacional, como es el caso de la Unión Internacional de Magistrados.

Todo ello permitió al país, al menos, transitar hacia una nueva etapa que culminó con el triunfo del Presidente Correa.

Otro aspecto que también me parece importante de esta experiencia es que una crisis grave que comienza en la Justicia puede afectar a todo el aparato institucional y desembocar en situaciones aun más graves, lo que prueba que la Justicia es un factor decisivo en la estabilidad institucional.

3. El caso de Italia

Este caso tiene importancia porque muestra la articulación positiva que puede establecerse entre el Relator y los actores del Poder Judicial de un país en el que el propio gobierno decide revisar una reforma que impulsaba. A fines de 2004, el Parlamento italiano aprobó una ley de reforma del Poder Judicial, que amenazaba con limitar las garantías de independencia de ese poder y del Ministerio Público. Antes de su aprobación, este Relator había enviado al Gobierno de Italia una carta de alegación expresando su preocupación por las implicaciones de la

reforma proyectada sobre el rol del Fiscal General, el debilitamiento de las prerrogativas del Consejo Superior de la Magistratura en todo el proceso disciplinario judicial, además de otras interferencias indebidas del Ejecutivo. Luego que la ley fue adoptada por el Parlamento, envié al entonces Presidente de Italia Carlo Ciampi una nota solicitando su veto e hice público el reclamo en un comunicado de prensa que tuvo una enorme repercusión en los medios de comunicación internacionales e italianos. El Presidente Ciampi vetó la ley y la envió al Congreso para su revisión.

Grandes progresos en el siglo XX y desafíos en el que comienza

Finalmente, me referiré a lo que entiendo que son algunos grandes progresos en el nivel internacional y que tienen que ver con la Justicia.

• Progresos en el campo del derecho

El mundo que precedió al establecimiento de esta Relatoría había estado signado por la confrontación de la Guerra Fría. En ese mundo prevalecían las relaciones entre los Estados y los únicos protagonistas de la vida internacional eran los gobiernos. Las cuestiones de los derechos humanos estaban sometidas al hermetismo de los vínculos bilaterales, donde las críticas o cualquier otro señalamiento podían ser interpretados como injerencias en las cuestiones internas.

En los años 70, los derechos humanos eran una representación genérica, casi abstracta, en la mayoría de los casos vacía de exigibilidad, al extremo de que en las sesiones públicas de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU no se podía pronunciar el nombre del país al que se estaba aludiendo por las violaciones perpetradas, y las referencias, aunque sugestivas, debían ser, necesariamente, imprecisas. Por ejemplo, se decía: “en un pequeño país del Cono Sur de América Latina ubicado en las márgenes del Río de la Plata” o “un gran país agrario ubicado en su margen opuesta”, para mencionar al Uruguay o a la Argentina respectivamente.

La entrada en vigor de los pactos internacionales a mediados de esa década dio respaldo jurídico a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y cristalizó la dimensión ética que debe imperar en las relaciones interestatales en general. La Declaración se ha ido transformando en una suerte de Constitución universal y es, sin duda, el principal legado que le deja el siglo pasado al que comienza.

La posibilidad que se le reconoce hoy al individuo de reclamar ante una instancia internacional por las violaciones a los derechos humanos cometidas en el territorio de un Estado, y de comprometer la responsabilidad de ese Estado, constituye una transformación de las relaciones jurídicas internacionales y presagia el ingreso en una dinámica de cambios que día a día y en forma vertiginosa nos aleja de concepciones por largo tiempo arraigadas.

Otra gran conquista ha sido la armonización y la complementariedad tuitiva que se reconoce en la actualidad a las normas del Derecho

Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Acreditan esta tendencia positiva el carácter erga omnes que se confiere a las obligaciones nacidas de los tratados de derechos humanos. Estas obligaciones contienen una doble dimensión: el deber de cumplirlas y la posibilidad de reclamar si otros no lo hacen. En esto hay un verdadero compromiso de lucha por la vigencia universal de los derechos humanos, enfatizado por una dimensión ética, incorporada en las relaciones internacionales, como queda dicho, por estos instrumentos.

En este sentido, es importante señalar que los convenios de derechos humanos no regulan relaciones recíprocas entre Estados, sino que en el centro de la protección está el ser humano, lo cual crea una suerte de “orden público internacional” donde, por primera vez, el eje principal de preocupación es la persona y no los Estados.

De esta manera se ha ido afianzando en los pueblos y en los gobiernos la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino, sobre todo, en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los convenios de derechos humanos no regulan relaciones recíprocas entre Estados, sino que en el centro de la protección está el ser humano, lo cual crea una suerte de “orden público internacional” donde, por primera vez, el eje principal de preocupación es la persona y no los Estados.

• Transformaciones en el ámbito de la Justicia

En realidad, son muchos los progresos que se verifican en el papel que desempeña la Justicia dentro del sistema democrático, el Estado de Derecho y la vigencia de los derechos humanos. En esta oportunidad, sólo señalaré los más relacionados con mi mandato de Relator.

- a) Es de destacar la actividad creadora de derecho por parte de los jueces, al aplicar las normas generales a una realidad social que cambia en forma acelerada, lo que se traduce en una interpretación actualizada de la normativa vigente. Además, la incorporación de importantes avances tecnológicos en la producción de la

prueba confiere sustento científico a estos progresos del derecho. Por ejemplo, mediante el uso de técnicas basadas en el ADN se constata la identidad de los menores separados en forma fraudulenta de sus padres. Sin esta articulación entre tecnología y derecho, difícilmente se hubiera podido recuperar a los casi cien niños y niñas que se ha logrado identificar, en algunos casos 30 años después de su apropiación ilegal. Esto ha sucedido en mi país, la Argentina, gracias a la ímproba labor de la organización no gubernamental Abuelas de Plaza de Mayo. Así también se ha jerarquizado a nivel mundial el trabajo del Equipo de Antropología Forense en la identificación de personas desaparecidas.

- b) Paralelamente al reconocimiento de la obligación de los Estados de remover los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a los tribunales, hoy se destaca el creciente papel que desempeñan los jueces para garantizar el derecho de igualdad en el acceso a la Justicia y ello, a lo largo de todo el proceso judicial. Esto se expresa, particularmente, en la imperiosa necesidad de garantizar la igualdad de posibilidades entre las partes y de remover y compensar las desigualdades que surgen de la realidad social. Ejemplo de ello es la frecuente aplicación del principio *pro actione*, en virtud del cual el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo su rechazo in limine si lo que se ha incumplido es una mera formalidad o va en detrimento de la parte más desfavorecida. En el fondo, lo que está en juego es la responsabilidad del juez de garantizar un justo proceso y, al hacerlo, impartir justicia.
- c) Vinculado a lo anterior, debemos destacar el rol ascendente de los defensores públicos en el derecho de defensa y la importancia que se reconoce hoy a la asistencia legal calificada.
- d) Otro progreso significativo es la frecuente aplicación del principio *pro homine*, según el cual, frente a una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir la que brinde una protección más favorable a la persona, en el sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y la menor extensión a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones.
- e) Un hecho auspicioso es la creciente participación de los jueces en la solución de sus propios problemas y en todo lo vinculado a la Justicia. En el Ecuador, la experiencia como Relator Especial de Naciones Unidas y la colaboración brindada por la UIM a través de varios magistrados que participaron en el proceso de constitución e integración de una nueva Corte Suprema de Justicia tras la grave crisis institucional de fines de 2004, acredita esta alentadora tendencia y, al mismo tiempo, muestra la forma en que la Relatoría ha servido de puente entre el universo de las Naciones Unidas y el mundo judicial. Ello explica que en mis informes ante el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas insista en la importancia de la

incorporación de jueces y juristas en las labores de cooperación técnica de la organización.

Por último, quiero destacar la legitimidad y natural gravitación que ha adquirido la exigencia de que los gobiernos consulten a los integrantes del Poder Judicial cuando se trata de la adopción de medidas o reformas legales o institucionales que puedan tener incidencia en él y, en particular, las que puedan afectar su independencia. Esta exigencia de la Relatoría es algo novedoso y representa un progreso significativo en la medida en que sitúa a los jueces como interlocutores insustituibles cuando se deciden cuestiones de su incumbencia.

Reflexiones finales

Creo profundamente que la democracia constitucional, además de su sustrato electoral y de la legitimidad que le confiere la decisión de las mayorías, tiene otro componente primario y esencial, que es garantizar la justicia. Nadie puede decir hoy que el país ha ganado cuando ha triunfado la política y ha perdido la justicia.

Poco a poco, los pueblos han aprendido que la fortaleza y el prestigio de un país no se fundan en su poderío económico militar, sino en la forma en que los individuos acceden a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Y en esto, sin duda, la Justicia sigue siendo el principal garante. Pienso que los jueces no solamente tienen la responsabilidad de impartir justicia, sino también la de defender su independencia. Gran parte de este logro depende de la actitud de sus más altas jerarquías y del desempeño, fundado en sus convicciones, del conjunto de los jueces.

He venido a Colombia para participar de un evento que congrega a la casi totalidad de magistrados del país. Lo he hecho con entusiasmo y determinación, porque reconozco que su Poder Judicial es uno de los más avanzados de la región y que, pese a las múltiples vicisitudes de su historia institucional y política, conserva un alto nivel de independencia y efectividad. Los elevados índices de criminalidad y de violencia política no han menguado su integridad en los ámbitos territoriales en los que ha podido ejercer su magisterio. Más allá de los riesgos cotidianos, los jueces y abogados colombianos continúan cumpliendo con probada entereza y eficiencia sus funciones.

Recientemente, en oportunidad de recibir el Premio “Justicia en el Mundo” de la Fundación homónima de la Unión Internacional de Magistrados, señalé que aunque nunca he sido juez me siento honrado ante el hecho de que sean los jueces del mundo quienes me hayan otorgado un reconocimiento que está directamente vinculado con mi mandato de Relator Especial, y que me ha permitido ejercer una amplia, férrea y constante defensa de miles de personas que en los más diversos puntos del planeta representan, de distinta forma, a la Justicia.

También este hecho me permitió revisar mi propia vida y recordar que siendo un joven abogado, me vi forzado a emigrar de mi país por la persecución política de que éramos víctimas quienes estábamos vinculados a la Justicia, y esto abarcó el largo periodo que va desde 1974 a 1983, el momento más aciago de nuestra historia reciente. En esos años de exilio fue cuando más me vinculé a la vida internacional. Cuando aliento a los

jueces a defender la independencia de la justicia, lo hago por ellos, por la ciudadanía y porque sé que es terrible vivir en una sociedad que no cree en su propia Justicia; y en esto, muchas veces, los políticos tienen una enorme responsabilidad. Digo esto porque estoy convencido de que cuando un juez, cualquier juez, defiende su independencia, advierte que al hacerlo va en el sentido de la historia.



Relator especial sobre la independencia de los jueces y abogados*

El 14 de agosto de 2003, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas me nombró Relator Especial sobre independencia de los jueces y abogados. Asumí entonces un mandato que con el tiempo se había consolidado y ampliado a partir de decisiones y pedidos sucesivos de la Comisión. Mi predecesor fue el magistrado malayo Param Cumaraswamy, que tuvo nueve años de excelente desempeño.

A medida que la actuación de la Relatoría se extendía, en función de pedidos que se formulaban a la Comisión de Derechos Humanos –hoy Consejo de Derechos Humanos–, el mandato se iba consolidando y ampliando. Actualmente abarca el conjunto de los aspectos estructurales y funcionales del Poder Judicial y disfunciones como, por ejemplo, la corrupción en el propio sistema o la discriminación en el acceso a la Justicia, que, en contextos extremadamente diversos, pueden afectar a los derechos humanos. Incluye la administración de justicia tanto en situaciones ordinarias como en períodos de conflicto o de transición. Abarca la Justicia civil y la militar, las jurisdicciones ordinarias y las excepcionales, así como las novedades relacionadas con la Corte Penal Internacional y los demás tribunales penales internacionales. Incluye asimismo el estudio temático de derechos como el derecho a la verdad, o el de acceso a la Justicia en el contexto de la lucha contra la impunidad, la situación de la Justicia en los períodos de transición.

La amplitud actual del mandato obedece tanto a la evolución de la agenda internacional como al hecho de que, siendo la Justicia una de las bases del sistema democrático y del Estado de derecho, la independencia de los magistrados y de los abogados no puede examinarse sin prestar atención al contexto institucional más amplio y a los diversos factores que influyen en el funcionamiento del Poder Judicial.

Actividades de la Relatoría

Desde lo operacional, las actividades ordinarias del Relator Especial revisten distintas modalidades:

- Transmitir a los Estados las alegaciones que se reciben sobre violaciones de la independencia del Poder Judicial y de los derechos de sus miembros y de los abogados, con miras a establecer la verdad y, en su caso, a obtener reparación. Ello, a través de llamamientos urgentes, cartas de alegación y comunicados de prensa sobre la base de la información recibida de ONG, entidades profesionales, etc.
- Visitar determinados países sobre la base de invitaciones de sus gobiernos para analizar la situación estructural y funcional del Poder Judicial y demás actores nacionales interesados, con el fin de formular recomendaciones destinadas a reforzar su independencia.
- Promover la aplicación de normas y principios relativos al funcionamiento independiente del Poder Judicial y a la elaboración de las normas complementarias que se requieran.
- Analizar todas aquellas cuestiones que, en principio, puedan afectar la administración de la justicia con miras a formular, cuando proceda, recomendaciones encaminadas a salvaguardar y fortalecer la independencia de la magistratura y la abogacía.
- Promover el conocimiento y el respeto de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por el Poder Judicial.
- Participar en reuniones y actos internacionales, regionales y nacionales sobre temas afines al mandato.
- Promover la prestación de servicios de asesoramiento o de asistencia técnica destinados a fortalecer la independencia de la magistratura y la abogacía a los Estados interesados.

* Leandro O. Despouy, Relator Especial de la ONU para la independencia de los jueces y abogados

Elaboración y presentación de informes

De acuerdo con la práctica ya señalada, los insumos provenientes de la actividad del Relator Especial sirven de sustento a la redacción de tres tipos de informes, cuyas características y alcance se explican a continuación. Esos informes eran examinados anualmente por la Comisión de Derechos Humanos; desde 2006 son examinados por el Consejo de Derechos Humanos y también se elevan a la Asamblea General, en el contexto de un debate público, mediante un procedimiento interactivo con intervención de los distintos Estados y de las ONG. Una vez concluido ese proceso, se adoptan resoluciones y, a veces, se decide ampliar temáticamente el mandato.

a. Informes generales

Los informes generales están destinados no sólo a dar cuenta del conjunto de las actividades del Relator Especial a lo largo del año concluido, sino también a destacar el análisis de temas de particular relevancia y actualidad. Se trata, por ejemplo, del impacto sobre el goce de los derechos humanos de las distintas medidas adoptadas por los países en la lucha contra el terrorismo, los múltiples desafíos que enfrenta la Justicia durante los períodos de transición, las actividades que desarrolla la Corte Penal Internacional, los progresos en el conocimiento del derecho a la verdad, del acceso a la Justicia, entre otras temáticas.

b. Informes sobre casos específicos en distintos países o territorios

Estos informes se publican tradicionalmente como Anexo 1 al informe general bajo el título “Country report”. Incluyen una compilación de todas las gestiones realizadas ante los Estados a raíz de alegaciones recibidas sobre situaciones que presuntamente afectan o podrían afectar a la estructura o el funcionamiento del Poder Judicial o a la labor de abogados víctimas de atentados, amenazas o injerencia en sus funciones y en el ejercicio de sus derechos. Igualmente, cuando se violan las garantías del debido proceso o se establecen regímenes especiales o regulaciones específicas durante estados de excepción, que violen los derechos humanos. Las intervenciones se concretan, como ya dijimos, a través de comunicaciones, cartas de alegación o llamamientos urgentes, así como de comunicados de prensa. Los informes resumen las respuestas de los gobiernos y, cuando corresponde, presentan pedidos adicionales y recomendaciones destinadas a solucionar el tema de preocupación.

La experiencia indica que los llamamientos urgentes muchas veces desempeñan un papel preventivo o disuasivo de ciertas violaciones. Por su parte, las cartas de alegación son una herramienta sumamente útil para solicitar información precisa y detallada a los gobiernos sobre aspectos jurídicos complejos, o situaciones de hecho de difícil determinación y, al mismo tiempo, facilitan el diálogo con los gobiernos. Los

comunicados de prensa pueden desempeñar idéntico papel, aunque muchas veces su principal objetivo es alertar a la opinión pública sobre la gravedad de ciertas violaciones que ya se están cometiendo o a punto de cometer.

c. Informes sobre visitas *in situ*

Una de las actividades importantes de la Relatoría incluye la realización de visitas a países para examinar la situación del Poder Judicial, el ejercicio de la profesión de abogado y todas las cuestiones vinculadas a la Justicia. Ofrecen como ventaja la posibilidad de dialogar en el terreno en forma provechosa con las autoridades nacionales, con las ONG, las asociaciones de jueces y de abogados y demás actores del ámbito jurídico del país, y de propiciar así avances decisivos.

Las visitas son objeto de un informe particular que incluye una descripción del sistema judicial del país, las principales verificaciones realizadas y las observaciones, conclusiones y recomendaciones formuladas, que más tarde serán sometidas a consideración del Consejo de Derechos Humanos. Claramente, cobra suma importancia la actividad de seguimiento, ya que constituye el procedimiento necesario para incentivar, facilitar y supervisar que el gobierno y demás actores apliquen las recomendaciones que se formulen.

Estadística

Durante 2006, el Relator Especial para la independencia de los jueces y abogados realizó 100 llamamientos urgentes (98 en forma conjunta con otros relatores) y 46 cartas de alegación (25 en forma conjunta con otros relatores), que comprendieron a situaciones en 63 países. En 2006, el número de intervenciones realizadas se incrementó en un 67 por ciento con respecto a 2005. Entre el 1º de enero de 2007 y el 29 de febrero de 2008 se enviaron 136 comunicaciones, 91 de las cuales fueron llamamientos urgentes (3 del mandato del Relator y 88 en conjunto con otros mandatos) y 45 fueron cartas de alegación (11 del mandato del Relator y 34 en conjunto con otros mandatos). Entre el 16 de enero de 2007 y el 15 de marzo de 2008 se enviaron comunicaciones a 51 países.

La amplitud actual del mandato del Relator obedece tanto a la evolución de la agenda internacional como al hecho de que, siendo la Justicia una de las bases del sistema democrático y del Estado de derecho, la independencia no puede examinarse sin prestar atención a un contexto institucional más amplio.

Derecho a la Verdad*

1. Antecedentes

Por su importancia, cabe destacar la resolución 2005/66, titulada “El Derecho a la Verdad”, en la cual la Comisión de Derechos Humanos reseña los principales antecedentes que registra el derecho internacional humanitario en esta materia y recuerda el Conjunto de Principios para la Lucha contra la Impunidad**. Subraya el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los Derechos Humanos y a sus familiares de conocer la verdad sobre lo acaecido, en particular la identidad de los autores, las causas, los hechos y las circunstancias en que ocurrieron. Señala, además “la necesidad imperativa” de que dicho derecho se encuentre contemplado en el sistema jurídico interno de cada Estado. Finalmente, la resolución pide a la Oficina del Alto Comisionado que prepare un estudio sobre el derecho a la verdad e invita a los relatores especiales y otros mecanismos de la Comisión a tener en cuenta esta cuestión. Sobre la base de esta solicitud, el Relator Especial destina esta sección de su informe al derecho a la verdad. Como lo hace en el contexto del estudio general encomendado a la Oficina del Alto Comisionado, sólo se tratan aquí los aspectos más directamente vinculados a su mandato.

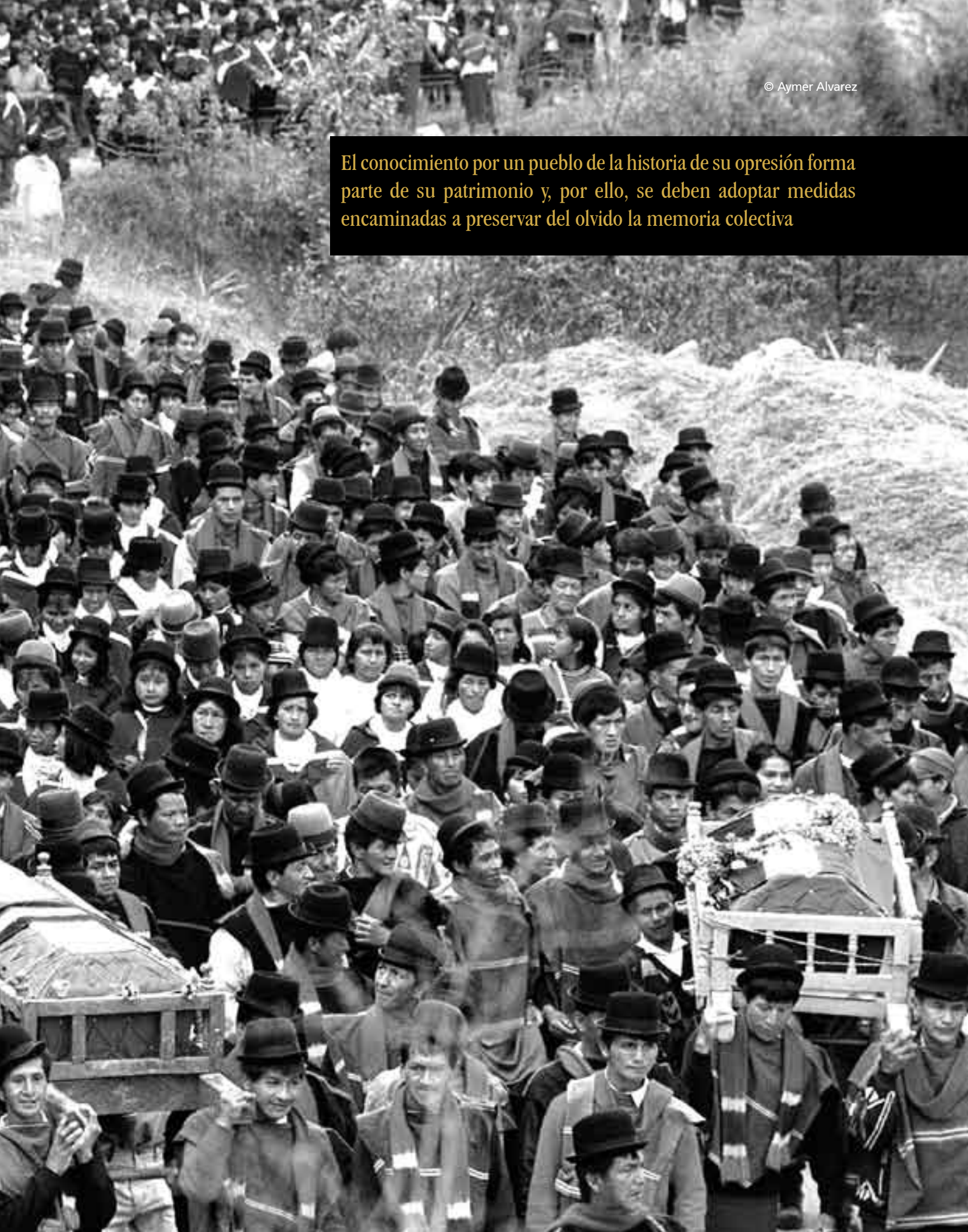
El derecho a la verdad aparece claramente identificado en las normas del derecho internacional humanitario (en particular, las referidas a la obligación de los Estados de buscar a las personas que hubiesen desaparecido en el marco de un conflicto armado), y más tarde se cristalizó en los artículos 32 y 33 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas

* Capítulo “Derecho a la Verdad” del Informe presentado en enero de 2006, a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, por el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, Leandro Despouy. E/CN.4/2006/52, 62º período de sesiones, Tema 11 d) del programa provisional. Disponible en URL: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=87

** El Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos a través de la Lucha contra la Impunidad fue elaborado por el Sr. Louis Joinet (E/CN.4/Sub.2/1997/20), y actualizado por la Sra. Diane Orentlicher (E/CN.4/2005/102/Add.1).



El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se deben adoptar medidas encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva



de los conflictos armados. Una evolución similar se ha producido, aunque más recientemente, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, donde este derecho autónomo aparece asociado a otros derechos humanos fundamentales como es el acceso a la información, el derecho a la identidad (en el caso de los niños), y en particular el derecho a la Justicia.

Cabe precisar que esta evolución operada en ambas ramas del derecho internacional público ha sido complementaria y en ningún caso antagónica, al extremo de que una jurisprudencia que evoluciona en el plano nacional¹ e internacional², identifica el derecho a la verdad como una norma internacional de *ius cogens*. Tal fue la conclusión a la que, ya en 1995, llegó el Relator Especial cuando se desempeñaba en este mismo carácter con respecto a la protección de los derechos humanos bajo los estados de excepción. Tras una reunión de expertos sobre “Los derechos no expuestos a suspensión en situaciones de emergencia y circunstancias excepcionales”, la Comisión de Derechos Humanos tuvo a su consideración el octavo informe anual del Relator Especial, donde se volcaban las conclusiones de dicha reunión. Allí se exponían los fundamentos que confieren al derecho a la verdad su carácter intangible e inderogable, se señalaba la evolución jurisprudencial operada y se afirmaba que “las opiniones de los relatores especiales ponen de manifiesto la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario”³.

2. Relación entre el derecho a la verdad y el derecho a la justicia

Sin desatender los múltiples aspectos que reúne el derecho a la verdad, por razones tanto editoriales como vinculadas específicamente al mandato del Relator Especial, el derecho a la verdad será abordado en tanto derecho autónomo y en su calidad de medio para la realización de otro derecho humano fundamental, como es el derecho a la justicia. En la concreción del derecho a la verdad, el derecho a la justicia ocupa un lugar preeminente, puesto que garantiza el conocimiento

de lo acontecido a través de la acción del Poder Judicial, que tiene a su cargo la investigación, la valoración de elementos de prueba y el enjuiciamiento de los responsables. A su vez, el derecho a la justicia implica el derecho a un recurso efectivo, lo que se traduce en la posibilidad de hacer valer los derechos ante un tribunal imparcial, independiente y establecido por ley, asegurando al mismo tiempo que los culpables sean enjuiciados y castigados en el marco de un proceso justo, y culmine con una adecuada reparación a las víctimas. Así, desde el punto de vista del derecho a la justicia, la verdad es a la vez un requisito para determinar responsabilidades y el primer paso del proceso de reparación. La instancia judicial, debidamente substanciada, es el medio para alcanzar los altos valores de la verdad y la justicia. En esta perspectiva, la administración de justicia con independencia e imparcialidad constituye un instrumento de gran importancia para satisfacer el derecho a la verdad.

Si se acepta que, en el nivel nacional, los elementos esenciales del derecho a la justicia abarcan los anteriormente reseñados, cabe mencionar que la jurisprudencia internacional ha definido con precisión los requisitos de cada uno de sus componentes. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos extendió la obligación del Estado al imperativo de “remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que puedan dificultar el esclarecimiento judicial exhaustivo de las violaciones”⁴. Esta obligación de investigar hace que, frente a violaciones graves de los derechos humanos, “sean inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad” y que “ninguna ley o disposición de derecho interno pueda ser invocada para incumplir esta obligación”. Esta jurisprudencia es importante porque cristaliza pronunciamientos anteriores que se fueron estructurando en forma progresiva en torno a las desapariciones forzadas de personas, pero que, tal como lo prueba esta sentencia, hoy se aplica a otras violaciones graves de los Derechos Humanos, como son las ejecuciones sumarias. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos hace referencia a las “desapariciones forzadas y otros atentados contra el derecho a la vida”. Asimismo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en varias sentencias ha establecido que una investigación efectiva, independiente e imparcial debe llevarse a cabo en toda circunstancia⁵. Por su parte la Corte Europea ha manifestado que aquellos que hubieren sufrido torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes tienen derecho “a un recurso y una investigación eficaces, así como a ser informados de los resultados”.

El carácter imperativo de estos principios se fundamenta en la continuidad jurídica del Estado, que hace que las obligaciones de

¹ Ver sentencia de la Corte Suprema Argentina. Causa 17768 de 14 de junio de 2005.

² En su decisión relativa a los casos 1/1988, 2/1988 y 3/1988, de 23 de noviembre de 1989, el Comité contra la Tortura ha señalado que la obligación estatal de investigar, procesar y castigar a los autores de graves violaciones de los derechos humanos es indelegable, sea su fuente de origen convencional o consuetudinaria. En el nivel internacional se utiliza con mayor frecuencia la expresión “derecho inalienable” o “imprescriptible” (principios primero y tercero de Joinet y segundo de Orentlicher). Esta terminología también se verifica a nivel nacional, donde el derecho a la verdad es considerado un “bien colectivo inalienable” (Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 2488-2002-HC/TC de 18 de marzo de 2004, numeral 8); “el derecho inalienable de cada persona a conocer la verdad” (Justicia Federal Argentina, Causa N° 6681).

³ Ver documento E/CN.4/Sub.2/1995/20, Anexo I, párrs. 39 y 40.

⁴ Sentencia de las masacres de Maripirán en Colombia, del 17 de septiembre de 2005.

⁵ Asunto Amnesty International c Sudan, comunicaciones n.º 48/90, 50/91, 52/91, 89/83 (1999), párr. 54. Ver también los Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, Principio C [Unión Africana, documento DOC/OS (XXX) 247].



estos se extiendan a los gobiernos ulteriores, aunque no hayan sido responsables de esas violaciones⁶. Teniendo en cuenta la gravedad, la obligación del Estado “de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”⁷. De esta manera, la reparación de las víctimas no debe ser percibida como un acto meramente indemnizatorio y de carácter individual. La proyección social que le confiere la obligación del Estado de evitar su repetición, prueba una vez más el carácter de orden público de las violaciones de los derechos humanos y la legitimidad de la sociedad para reaccionar frente a ellas. Esto evidencia la vinculación consustancial entre el derecho a la verdad y el derecho a la justicia, y las dificultades para que aquél se realice sin el ejercicio efectivo de este último. El derecho a reparación difícilmente puede realizarse completamente sin ese componente vital que es el derecho a conocer la verdad.

El derecho a conocer la verdad emergió en el derecho internacional como una respuesta ante el traumático impacto de sucesos de profunda significación social, como son los conflictos armados o las graves violaciones de los derechos humanos. El carácter aberrante de los crímenes a que alude, hace que este derecho trascienda a las víctimas y se proyecte a toda la sociedad.

Las facetas que vinculan el derecho a la verdad con el derecho a la justicia son múltiples y, en muchos casos inocultables, como lo manifiesta, por ejemplo, la decisión del Comité de Derechos Humanos al declarar en 1983 que “el hecho de no informar a una madre sobre la situación de una hija adulta desaparecida después de haber sido detenida —por personal militar uruguayo en la Embajada venezolana en Montevideo—, no sólo viola sus derechos sino que constituye un acto de tortura psicológica”⁸. En el caso en cuestión, la no-realización del derecho a la verdad a través de la Justicia, puesto que se negaron sucesivos recursos de “habeas corpus”, entrañó una nueva violación, la tortura, cuyo cese o reparación también exigía la acción de la Justicia.

Los Estados tienen la obligación positiva de arbitrar mecanismos judiciales y extrajudiciales para el conocimiento de la verdad. Esa

obligación trasciende los imperativos estrictos del Estado de derecho, para situarse también en el plano ético y moral de toda sociedad, en la medida en que el conocimiento de la verdad es, además de un derecho, el único camino que permitirá restaurar la dignidad de quienes han sido víctimas. Además de injusto, sería inmoral que sean quienes perpetraron las más cruentas violaciones de los Derechos Humanos quienes certifiquen la veracidad de los hechos, sin participación de las víctimas. El Principio 6 del Conjunto actualizado fundamenta en la dignidad de las víctimas y sus familias la orientación de las investigaciones que lleven a cabo las comisiones de la verdad, cuyo objeto debe ser, en particular, el de garantizar el reconocimiento de partes de la verdad que anteriormente se negaban. Muchos acuerdos de paz prevén que las comisiones de la verdad deben establecer las violaciones de derechos cometidas por el Estado, así como por grupos armados y otros agentes no estatales.

Estos avances de índole cultural confieren sustento jurídico a la afirmación: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de estos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones” (Principio 2). Asimismo: “El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se deben adoptar medidas encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva” (Principio 3). De esta forma, el derecho a la verdad implica algo más que el derecho a la justicia, puesto que incluye el deber de memoria por parte del Estado. Esto último ratifica la dimensión social o colectiva del derecho a la verdad y al mismo tiempo confiere carácter imprescriptible al derecho de las víctimas y sus familiares a conocer “las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima” (Principio 4).

Aunque es habitual que el derecho a la verdad sea caracterizado como “derecho a saber” o “a ser informado”, como lo hace la resolución 2005/66 de la Comisión, resulta necesario precisar sus componentes distintivos. Si bien las libertades de opinión, expresión e información son con frecuencia el medio a través del cual se realiza el derecho a la verdad, sobre todo en aquellos países del Common Law donde existe una larga tradición de respeto a la libertad de expresión y la de información, la circunstancia de que éstas puedan ser objeto de ciertas restricciones, aun en situaciones ordinarias, establece notorias diferencias. Sería ilógico aceptar que por razones de orden público un Estado pueda suspender derechos o garantías —entre ellos, el derecho a la verdad— que pongan en juego derechos intangibles como el derecho a la vida o a la integridad física y moral de las personas. Sin duda, las diferencias entre ambos se acentúan a medida que ingresamos en situaciones donde la naturaleza de los crímenes y los derechos afectados transfieren al derecho a la verdad la condición de derecho intangible y a la obligación el carácter de *ius cogens*.

⁶ Caso Corte Interamericana Velázquez /Rodríguez.

⁷ *Ibid.*

⁸ Caso Quinteros contra el Uruguay, N° 107/1981.

En efecto, las libertades de opinión, expresión e información, tal como están contempladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), aceptan la posibilidad de introducir determinadas restricciones a su ejercicio, por razones de seguridad nacional, de orden público, y otras, incluso en situaciones ordinarias. Por el contrario, el derecho a la verdad conserva, como hemos visto, su intangibilidad aun en situaciones excepcionales, cuando el derecho protegido o subyacente es también un derecho intangible o inderogable. El artículo 20 del proyecto de convención internacional contra las desapariciones forzadas establece que el derecho a un recurso judicial rápido y efectivo “no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia”.

La jurisprudencia ha establecido que, en situaciones de emergencia, la inderogabilidad de ciertos derechos comprende también a las garantías imprescindibles para asegurar su ejercicio. En este caso, el derecho a la verdad resulta asimilable a la garantía del hábeas corpus o la del Amparo, por ejemplo, cuya negación podría afectar derechos intangibles no susceptibles de suspensión como los derechos a la vida y a la integridad física y moral, entre otros.

Es importante proyectar este razonamiento a situaciones concretas en que, invocando la reconciliación nacional, se adoptan medidas (amnistías, por ejemplo) que inhiben la posibilidad de ejercer el derecho a la verdad a través de la justicia, supuestamente para consolidar la paz y la estabilidad institucional. Sin embargo, si en situaciones excepcionales el derecho a la verdad es de naturaleza intangible, con más razón todavía reviste tal carácter cuando la emergencia desaparece y el país se encuentra en un proceso de transición.

3. ¿Cómo se ejerce el derecho a la verdad?

Además de señalar la dimensión individual y colectiva del derecho a la verdad, es muy importante determinar los actores y procedimientos habilitados para su realización; es decir, establecer quiénes gozan de legitimación para actuar ante la justicia, y cuáles son los otros procedimientos que pueden aplicarse para lograr ese resultado. Nos referimos en particular a las comisiones de investigación, de ordinario conocidas como comisiones para la verdad. En este sentido, suele afirmarse que el derecho a la verdad es la expresión colectiva del derecho a saber, y que distinguir entre una verdad global y una verdad individual permite obtener un conocimiento completo de lo que ocurrió, y discernir entre casos particulares de violaciones y la propia lógica de la represión.

4. ¿Quiénes pueden ejercer el derecho a la verdad?

Es lugar común afirmar que tanto las víctimas como sus allegados tienen derecho a ejercer la acción penal. Al respecto, tanto el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han señalado que también los familiares y dependientes del desaparecido son vícti-

mas⁹. Lo cierto es que a nivel nacional e internacional se registra un fenómeno de creciente apertura hacia actores que en el pasado no estaban habilitados a interponer reclamos. El fundamento de esta ampliación es que las violaciones graves a los derechos humanos son transgresiones al orden público que afectan a toda la sociedad, por lo que cualquiera de sus integrantes tiene derecho a accionar. El reciente proyecto de convención sobre desapariciones forzadas acoge esta evolución, extendiendo la noción de víctima a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Confiere además a cualquier persona con un interés legítimo el derecho a conocer la verdad sobre los autores y las circunstancias de la desaparición forzada, los progresos y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. El proyecto prevé también la obligación de establecer un recurso efectivo para obtener esa información, y estipula que una vez constituido el comité que prevé la convención, puedan presentar un recurso ante él familiares, allegados y representantes legales, y cualquier persona con un interés legítimo¹⁰.

El carácter inexorable del conocimiento de la verdad nos permite afirmar, desde una perspectiva histórica, que verdad, justicia y reparación son componentes fundamentales para una sociedad democrática, y que, lejos de debilitarla, la nutren y la consolidan. Sus fuentes legales, sociológicas e históricas transforman el derecho a la verdad en una de las principales conquistas del movimiento de los derechos humanos en el siglo XX.

El antiguo Principio 19 del Conjunto de Principios actualizado (antiguo Principio 18) señala que la facultad de presentarse en procesos penales como parte civil “debe extenderse a organizaciones no gubernamentales”, mientras que en la reciente revisión de dichos principios se agrega que “los Estados partes deben garantizar un amplio *ius standi*

⁹ Informe del Grupo de Trabajo (documento E/CN.4/1990/13), párr. 339; e informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1978 (OEA/Ser.L/II.47, doc.13 rev. 1), 29 de junio de 1979, pág. 23.

¹⁰ Documento E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/Rev.4.



Desde el punto de vista del derecho a la justicia, la verdad es a la vez un requisito para determinar responsabilidades y el primer paso del proceso de reparación. La instancia judicial, debidamente substanciada, es el medio para alcanzar los altos valores de la verdad y la justicia.



© Natalia Botero

en el proceso penal a todo lesionado y a toda persona u organización no gubernamental con un interés legítimo”. En el plano regional, el artículo 44 de la Convención Americana dispone que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocidos pueden presentar a la Comisión peticiones aunque no sean víctimas.

Es creciente el número de países que reconocen la posibilidad de que partes con un “interés legítimo” participen como acusación particular en causas penales en las que no son víctimas. Éste es, por ejemplo, el caso de Francia, España, Portugal, Guatemala o Bélgica. Siempre en el contexto nacional pero en otro sentido, el derecho a la verdad se consolida en su dimensión colectiva cuando se identifica con el derecho a la memoria que asiste a toda sociedad. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que “La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal” y que “la violación del derecho a la verdad no es sólo una cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano”¹¹. Por su lado, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que existen hechos punibles respecto de los cuales el interés de las víctimas y de los perjudicados en conocer la verdad y establecer responsabilidades se proyecta en la sociedad, y que “en presencia de hechos punibles que impliquen graves atentados contra los Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario y una grave puesta en peligro de la paz colectiva, (...) debe admitirse la participación de la sociedad –a través de un actor social popular–, como parte civil en el proceso penal”¹².

Tal como lo confirma el estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la experiencia de muchos otros países, como por ejemplo Camboya, Chile, Timor-Leste, Burundi, y más recientemente Marruecos, muestran hasta qué punto la lucha por la verdad se potencia con el transcurso del tiempo. Argentina, Chile y España ejemplifican esta aseveración. En Chile, la experiencia de la Comisión Rettig primero, y de la Comisión sobre la tortura, que concluyó sus tareas en 2004, abrieron los cauces para conocer la verdad sobre lo acontecido durante la dictadura de Pinochet (1973-1990) y sólo una vez terminada la investigación se definían los cursos de acción a seguir.

La Argentina, luego de una larga y cruenta dictadura (1976-1983), inició un proceso de transición en el que la lucha contra la impunidad fue uno de los rasgos más sobresalientes, pues abarcó: a) la derogación de una ley de autoamnistía que impedía el juzgamiento de los autores de graves violaciones de los Derechos Humanos¹³ b) el establecimiento

¹¹ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 2488-2002-HC/TC de 18 de marzo de 2004, numeral 8.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-249/03, de 20 de enero de 2003, numeral 16.2.

¹³ Ley N.º 23.040 del 29 de diciembre de 1983 derogando la Ley N.º 22.924, de septiembre de 1983.

de una comisión de la verdad, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), que aportó datos fundamentales para la posterior labor de la justicia, y c) la condena por parte de la justicia civil a los máximos responsables militares del gobierno de facto. Con posterioridad, dos leyes de amnistía¹⁴ limitaron el alcance de la persecución penal, y el 7 de octubre de 1989 y el 30 diciembre de 1990 se indultó a los militares que habían sido condenados y a muchos otros que estaban siendo juzgados por hechos igualmente graves. No obstante, durante los años anteriores se produjeron avances notables en materia de recuperación de niños desaparecidos, secuestrados con sus padres o nacidos en cautiverio, lo que implicó el juzgamiento de muchos de los responsables de la represión, debido a que ni esas leyes ni el indulto exoneraban de responsabilidad por la sustracción de menores y la sustitución de su estado civil. Otro progreso importante fue la consagración del derecho a la identidad según la formulación del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que permitió la recuperación de un gran número de niños y sustentó un avance científico mayúsculo a través de las pruebas de ADN.

Ante los obstáculos al juzgamiento que implicaron ambas leyes y el indulto, familiares y víctimas recurrieron a los organismos internacionales, que declararon la incompatibilidad de las amnistías y los indultos con los tratados internacionales de derechos humanos, y solicitaron a los sucesivos gobiernos argentinos que los dejaran sin efecto, pues impedían el esclarecimiento de los hechos y la individualización de los responsables. Ello suscitó la adopción de una serie de medidas nacionales que abrieron el cauce a procesos que si bien se llevaban a cabo en sede penal, carecían de finalidad punitiva¹⁵. Generalmente conocidos como “juicios por la verdad”, estos procesos fueron muy importantes porque permitieron la institución de una centena de casos y la identificación —sólo en un proceso— de 35 personas desaparecidas; y lo siguen siendo actualmente, como prueba en las causas penales que se están reabriendo. Pero el empeño de los organismos de derechos humanos no cesó, y el 17 de abril de 1998 el Congreso Nacional derogó las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. Éstas sólo perdieron vigencia para el futuro, por lo que, el 3 de septiembre de 2003, la Ley N.º 25779 las declaró nulas. Más tarde, el 14 de junio de 2005, la Corte Suprema confirmó su nulidad e inconstitucionalidad, invocando entre otras causales la violación de tratados internacionales que consagran la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y confieren a la obligación de juzgar este tipo de crímenes el carácter de una norma de *jus cogens*.

España presenta particularidades propias, ya que se trata de un país que consolidó su democracia a través de un pacto nacional fundado en una amnistía general que soslayó los dos aspectos que acabamos de reseñar: justicia y verdad. Sin embargo, no resulta sorprendente

¹⁴ Ley N.º 23.492 de Punto Final, de noviembre de 1986, y Ley N.º 23.521 de Obediencia Debida, de junio de 1987.

¹⁵ Cámara Federal Argentina, causa 761 de 4 de marzo de 1996.





La experiencia de las últimas décadas en la lucha por la verdad demuestra hasta qué punto este derecho se fortalece con el transcurso del tiempo.

que, más allá de los logros notorios del proceso conocido como Transición, treinta años después de la muerte del general Franco muchos sectores de la sociedad española reclaman conocer aspectos fundamentales de ese tramo de la historia nacional. Tratándose de un país que ha desempeñado un rol muy importante en la lucha contra la impunidad en el mundo, y cuyos jueces han creado precedentes de gran notoriedad, como en el caso Pinochet, el Relator Especial aguarda con interés las medidas que habrá de proponer la comisión interministerial establecida en 2004 y presidida por la Vicepresidenta del Gobierno, para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Las reivindicaciones se centran en conocer la suerte corrida por miles de personas desaparecidas y restablecer el honor de quienes fueron ajusticiados por tribunales de excepción mediante procesos sumarísimos y privados de las más elementales garantías.

5. Interacción entre tribunales y comisiones de la verdad

La obligación de los Estados de garantizar el derecho a la verdad incluye la de garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del Poder Judicial para su concreción. En ese sentido, la resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, además de alentar a los Estados a establecer esos mecanismos judiciales específicos cuando proceda, promueve el establecimiento de comisiones de la verdad que complementen el sistema judicial.

La experiencia de los Estados muestra la importancia de esta complementariedad y las distintas modalidades en que se puede implementar. Ilustramos con dos ejemplos: encomendar a una comisión que establezca los hechos, la metodología represiva aplicada, y prevenir la desaparición de pruebas; a posteriori, los tribunales deben emprender las acciones legales pertinentes. El funcionamiento de la CONADEP en la Argentina constituye un ejemplo al respecto. Otro ejemplo es que la comisión y el sistema judicial trabajen en cooperación, en forma simultánea y se asistan mutuamente en la atención de los casos según su gravedad. Esta complementariedad es imprescindible cuando los tribunales pudieran verse desbordados si tuviesen que conocer la totalidad de las violaciones ocurridas en el pasado, tal la metodología implementada en Timor-Leste. El estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado ilustra las múltiples experiencias en este campo y su rica diversidad¹⁶.

No obstante lo señalado, cabe precisar que tanto los textos internacionales como la jurisprudencia predominante dejan bien en claro que la instauración de comisiones no debe impedir el funcionamiento de la Justicia convencional¹⁷, y que persiste la obligación estatal de llevar

ante la Justicia a los responsables de las violaciones a los derechos humanos¹⁸. En la práctica, las experiencias nacionales de las dos últimas décadas demuestran que en muchos casos las comisiones han recomendado que se iniciaran investigaciones o acciones legales sobre los hechos detallados en sus informes, y habitualmente entregan a la fiscalía o a la judicatura las pruebas recogidas.

Para preservar la independencia del Poder Judicial, es necesario articular las acciones desarrolladas por los tribunales y las comisiones de la verdad. Éstas últimas deben estar orgánicamente al margen del Poder Judicial, que debe desplegar su actividad sin impedimentos, para juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. La obligación estatal de garantizar un recurso efectivo —como lo exige el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos— implica también que el Poder Judicial debe actuar con independencia de las comisiones de la verdad (normalmente establecidas en el ámbito del poder legislativo o del ejecutivo). El Comité de Derechos Humanos ha establecido que los recursos de carácter administrativo y disciplinario no pueden considerarse efectivos y adecuados, ni siquiera en estados de excepción. Asimismo, el Comité contra la Tortura ha señalado que la obligación estatal convencional, consuetudinaria e indelegable de investigar, procesar y castigar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos se realiza a través de los tribunales, y compele a la Justicia a actuar a veces con independencia de lo establecido por una determinada comisión, y otras veces aprovechando sus hallazgos¹⁹.

Lo anterior acredita que las comisiones de la verdad deben ser concebidas como una herramienta complementaria a la acción de los tribunales y aun cuando una acción judicial inmediata resultara imposible, dicha circunstancia no debe ser excluida, puesto que con el tiempo las condiciones pueden cambiar y los informes de las Comisiones podrían adquirir un valor jurídico decisivo.

Conclusiones

El derecho a conocer la verdad emergió en el derecho internacional como una respuesta ante el traumático impacto de sucesos de profunda significación social, como son los conflictos armados o las graves violaciones de los derechos humanos. A partir de ahí evolucionó en distintas vertientes, pero su reconocimiento siempre estuvo vinculado a “serias violaciones de los derechos humanos”, “serias violaciones y crímenes del derecho internacional”, o “violaciones

Principios actualizado (nota 1 supra).

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992, párr. 52; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 36/96, caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párr. 77; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 136/99, caso 10.488 Ignacio Ellacuría S. J. y otros (El Salvador), párr. 230.

¹⁹ Comité contra la Tortura, decisión relativa a los casos 1/1988, 2/1988 y 3/1988, del 23 de noviembre de 1989.

¹⁶ Documento E/CN.4/2006/91.

¹⁷ Informe acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), elaborado por el Sr. L. Joinet (E/CN.4/Sub.2/1997/20), parr. 7, y Principio 8 del Conjunto de

masivas y sistemáticas” de los derechos humanos. En todo caso, el carácter aberrante de los crímenes a que alude, hace que este derecho trascienda a las víctimas (dimensión individual) y se proyecte a toda la sociedad (dimensión colectiva).

En última instancia, el principal fundamento de la reconstrucción del pasado es evitar su repetición en el futuro.

Este derecho, de raigambre convencional y consuetudinaria, presenta la particularidad de ser un derecho autónomo y al mismo tiempo el medio a través del cual pueden realizarse otros derechos: a la información, a la identidad, a la posibilidad de realizar el duelo y, en particular, el derecho a la justicia. Con este último, la complementariedad es total, porque la verdad es componente de la justicia y la justicia tiene el deber de establecer la verdad, tanto para que se realice el derecho a la verdad como para que se concrete el derecho a la justicia.

La entidad de los sucesos que presuponen este derecho y el carácter fundamental de los derechos afectados, como son el derecho a la vida, a la integridad física o moral, etc., determinan su naturaleza inalienable y la condición de inderogable e imprescriptible que lo identifican.

La obligación positiva de los Estados de habilitar los canales de la justicia, encuentra sustento en el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente, establecido por la ley. Dicha obligación se extiende incluso a los gobiernos ulteriores aunque no hayan sido responsables de esas violaciones, y cuando se trata de delitos graves conforme al derecho internacional (desaparición forzada, crímenes contra la humanidad, etc.) ninguna ley o disposición de derecho interno puede ser invocada para incumplirla. De allí que ante este tipo de crímenes, las leyes de amnistía sólo son compatibles con el derecho internacional en la medida en que los Estados, previamente, hayan hecho efectivo el derecho a la Justicia y no afecten el derecho de las víctimas a reparación. Esto último refuerza el argumento de que las amnistías nacionales no pueden oponerse a la competencia de los organismos instituidos para juzgar los crímenes contra el derecho internacional.

La búsqueda de la verdad, sea a través de comisiones de investigación o de procesos judiciales, aun cuando éstos carezcan de pretensión punitiva, ha significado una gran innovación y desempeñado un papel muy importante para la realización del derecho a la verdad. Como se acredita en el Informe, este último no sólo se realiza a través de la acción de la Justicia sino también mediante el establecimiento de las llamadas Comisiones de la Verdad y otros mecanismos que, en la mayoría de los casos, han complementado y sustentado la acción de la Justicia.

La experiencia de las últimas décadas —y tal como lo ilustra el estudio realizado por la Oficina de del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos— en la lucha por la verdad demuestra

hasta qué punto este derecho se fortalece con el transcurso del tiempo. Los ejemplos analizados ponen de relieve que en la mayoría de los casos son razones de orden político, de naturaleza coyuntural, las que pueden retrasar su concreción. Además, resulta cada día más difícil imaginar una sociedad que se vea privada de conocer aspectos trascendentales de su propia historia.

El carácter inexorable del conocimiento de la verdad nos permite afirmar, desde una perspectiva histórica, que verdad, justicia y reparación son componentes fundamentales para una sociedad democrática, y que, lejos de debilitarla, la nutren y la consolidan. Sus fuentes legales, sociológicas e históricas transforman el derecho a la verdad en una de las principales conquistas del movimiento de los derechos humanos en el siglo XX.

Recomendaciones

Teniendo en cuenta la entidad que ha adquirido el derecho a la verdad, sería importante que el Consejo de Derechos Humanos le diera un tratamiento específico, profundizase su análisis y desarrollase su potencial como herramienta para combatir la impunidad. El proceso penal, ante crímenes de semejante gravedad, actúa como un mecanismo de reafirmación de valores fundamentales ya que más allá de su finalidad retributiva, tiene un enorme contenido pedagógico para la ciudadanía.

El Relator Especial invita al Consejo de Derechos Humanos a propiciar la pronta adopción y ratificación de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas y la puesta en práctica del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la lucha contra la impunidad. Igualmente solicita al Secretario General que en las operaciones de mantenimiento de la paz y demás actividades que desarrolla la Organización se tenga en cuenta el derecho a la verdad, y que los distintos procedimientos especiales de las Naciones Unidas lo hagan también dentro de sus respectivos mandatos.

En el nivel nacional, el Relator Especial recomienda que se establezcan mecanismos oficiales de cooperación entre comisiones de la verdad y los tribunales, previo a su funcionamiento. Debería existir un acuerdo que prevea cómo compartir los medios de prueba, el valor que se da en sede judicial a los testimonios autoinculpatarios pronunciados ante las comisiones y, entre otros aspectos, cómo articular los programas comunes de protección de testigos.

El Relator Especial requiere a los Estados y los organismos internacionales que amplíen la legitimidad procesal del derecho a la verdad a todas aquellas personas u organizaciones que tengan un interés legítimo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Aportes sobre independencia judicial



JAVIER MARIEZCURRENA*

ABOGADO COORDINADOR DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



* Las opiniones expresadas en este documento son de única responsabilidad de su autor y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Introducción

El poder judicial tiene un rol fundamental en los procesos de transición. Esta centralidad esta dada, entre otros aspectos, por el combate contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos. Uno de los señalamientos constantes de quienes acuden al sistema interamericano de protección de los derechos humanos se refiere a los poderes judiciales de la región y a la falta de investigación y sanción de los responsables de violaciones de los derechos humanos. Precisamente, el poder judicial es quien, en gran medida, debe garantizar los derechos al debido proceso y a la protección judicial de las víctimas de violaciones a derechos humanos y de sus familiares, así como el conocimiento de la verdad de los hechos, lo que constituye un medio de reparación esencial.

Para que el poder judicial pueda cumplir cabalmente con su rol en el procesamiento y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos, es un presupuesto que sea independiente, de conformidad con la obligación internacional que se desprende, sólo para citar nuestro

Los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada por un tribunal superior, lo cual resulta necesario para garantizar la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones.

sistema regional, del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como lo ha señalado la Corte Interamericana en su jurisprudencia un elemento clave para garantizar la independencia judicial se relaciona con los procesos de destitución de los jueces, procesos que deben ser acordes al derecho internacional y que la

© Corte Interamericana de Derechos Humanos



CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Corte Interamericana, en su función contenciosa, ha examinado en las sentencias que se comentan a continuación de los casos Tribunal Constitucional vs. Perú (2001) y Apitz y otros vs Venezuela (2008).

Los casos del Tribunal Constitucional y Apitz Barbera y otros (Corte Primera en lo Contencioso Administrativo)

I. El caso del Tribunal Constitucional vs. Perú

El caso del Tribunal Constitucional vs. Perú de 2001 fue el primero en que la Corte Interamericana se pronunció sobre la independencia judicial en procesos de destitución de jueces. El caso se refería al juicio político seguido por el Poder Legislativo de dicho país contra tres magistrados del Tribunal Constitucional quienes habían dictado una sentencia contraria a los intereses reeleccionistas del entonces presidente Fujimori. La Corte Interamericana examinó la compatibilidad del juicio político seguido con las obligaciones internacionales establecidas en el artículo 8º de la Convención Americana sentando principios sobre el derecho de defensa, la imparcialidad e independencia del juzgador en procesos de destitución de jueces. Entre otras consideraciones, la Corte señaló:

[...] El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

[...] Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales [...]” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

[...] Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal [...].

[...] De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo [...]. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana¹.

El Tribunal interamericano afirmó que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces”, que resulta necesario que “se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho” y para ello, citando a la Corte Europea, señaló que “la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento [...], con una duración establecida en el cargo [...] y con una garantía contra presiones externas [...]”. En el Caso del Tribunal Constitucional la Corte Interamericana encontró, entre otras, un número significativo de violaciones al derecho a las garantías judiciales y concluyó que en el caso concreto el Poder Legislativo no había reunido las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados, declarando la violación, entre otros, del artículo 8 de la Convención Americana y ordenando diversas medidas de reparación.

II. El Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

El segundo caso relevante para este breve comentario se trata del precedente más importante de la Corte Interamericana sobre independencia judicial hasta la fecha: es el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela² decidido el 5 de agosto de 2008². El caso se refiere a la destitución de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ocurrida en octubre de 2003 a quienes se les atribuyó haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo. Los hechos relevantes del caso se remontan al proceso de transición constitucional iniciado en el año 1999, cuando la Asamblea Nacional

Constituyente tras declarar la existencia de una “crisis institucional” y la necesidad de una “reorganización de todos los órganos del poder público” aprobó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la que se previó la conformación de tribunales disciplinarios del poder judicial cuyo marco normativo se encontraría en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana. Posteriormente, la Asamblea Constituyente mientras se emitía la nueva legislación y se establecían los tribunales disciplinarios, emitió un decreto de “Régimen de Transición del Poder Público” por el cual creó una Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, a quien se le atribuyó provisionalmente la competencia disciplinaria judicial que correspondería en el futuro a los Tribunales Disciplinarios y una Inspectoría General de Tribunales, cómo órgano auxiliar de la Comisión en la inspección y vigilancia de los Tribunales y la instrucción de los expedientes disciplinarios de los jueces y funcionarios judiciales. Este último organismo tenía a su cargo la investigación y en caso de estimar que existieran faltas disciplinarias presentaba la acusación ante la Comisión.

Por otra parte, en el año 2000 fueron designadas cinco personas para ocupar con carácter provisorio los cargos de magistrados de la Corte Primera, en tanto se decidiría la titularidad definitiva de dichos cargos a través de concursos. En el año 2002 la Corte Primera, por unanimidad, declaró procedente un amparo cautelar contra un acto administrativo que había denegado el registro de una compraventa. La autoridad que había negado el registro solicitó que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conociera el caso por avocamiento. La Sala Político Administrativa declaró la nulidad de la decisión de la Corte Primera, estableció que al no haber declarado la improcedencia del amparo, sus integrantes habían incurrido en un “grave error jurídico de carácter inexcusable”. En su sentencia la Sala ordenó que se remitiera una copia de su decisión a la Inspectoría General de Tribunales.

El poder judicial debe garantizar los derechos al debido proceso y a la protección judicial de las víctimas de violaciones a derechos humanos y de sus familiares, así como el conocimiento de la verdad de los hechos, lo que constituye un medio de reparación esencial.

¹ Corte I.D.H., Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; párrs 68 a 71.

² Corte I.D.H., Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

La Inspectoría General de Tribunales inició la investigación disciplinaria y formuló acusación contra los cinco integrantes de la Corte Primera ante la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema

En los procesos de transición, en los que usualmente se generan divisiones y situaciones que desafían la independencia judicial, no cabe al poder judicial sino redoblar sus esfuerzos por defender y demostrar su independencia, garantizando a los ciudadanos una justicia libre de presiones, basada en la autoridad de la Constitución y con apoyo en las obligaciones internacionales en derechos humanos de los Estados.

Judicial solicitando que fuera aplicada la sanción de destitución. En octubre de 2003, dicha Comisión destituyó a cuatro de los cinco magistrados, exceptuando a una de las magistradas quien evitó la sanción en tanto contaba con los requisitos para su jubilación. Posteriormente, otra magistrada interpuso un recurso de reconsideración y la Comisión revocó la sanción de destitución y ordenó que se tramitara su jubilación. Un hecho llamativo del caso es que estas dos magistradas, a pesar que habían firmado la misma sentencia que provocó la destitución de los magistrados, porque se consideró que fue adoptada mediante “un error judicial inexcusable”, posteriormente fueron nombradas por concurso magistradas del Tribunal Supremo de Justicia³.

En Apitz la Corte estableció estándares que deben aplicar los Estados en materia de remoción de jueces provisorios, dio contenido y precisó el alcance de algunas de las garantías del debido proceso en materia de destitución de jueces y se refirió a la dimensión institucional e individual de la independencia judicial.

II.a. Estándares sobre jueces provisorios y su remoción

En cuanto al primero de dichos aspectos, la Corte comenzó por determinar si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción con iguales o similares garantías que las que deben de ser aseguradas a los jueces titulares. Entre los estándares aplicables más relevantes respecto de los jueces provisorios, la Corte señaló⁴:

³ Los magistrados sancionados interpusieron diversos recursos judiciales que la Corte Interamericana analizó en su decisión. Para conocer lo resuelto por el Tribunal sobre éste y otros aspectos del caso no abordados en el presente comentario, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

⁴ Corte I.D.H., Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de

[...] los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción.

[...] que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente.

Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla. De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados.

[...] puesto que el nombramiento de jueces provisionales debe estar sujeto a aquellas condiciones de servicio que aseguren el ejercicio independiente de su cargo [...], el régimen de ascenso, traslado, asignación de causas, suspensión y cesación de funciones del que gozan los jueces titulares debe mantenerse intacto en el caso de los jueces que carecen de dicha titularidad.

II.b. Imparcialidad del órgano disciplinario

Luego de haber sentado estos principios aplicables a los jueces provisorios, la Corte analizó si el proceso de destitución de los magistrados provisorios de la Corte Primera había respetado las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana, en relación, entre otras garantías, con la imparcialidad del juzgador y con el deber de motivación de la decisión de remoción⁵.

lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 43 y 45.

⁵ En el caso se alegó que el procedimiento seguido ante la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial había violado el principio del juez natural o del tribunal competente. La Corte no encontró una violación sobre este aspecto en tanto la competencia disciplinaria de dicha Comisión se originó en una norma general emanada de la Asamblea Nacional Constituyente, establecida con anterioridad a la causa iniciada contra los magistrados de la Corte Primera y que tenía competencia de formal general para conocer de todos los procesos disciplinarios contra los jueces del Estado bajo un

Uno de los aspectos en los que la Corte avanzó sentando criterios se relaciona con la imparcialidad del órgano disciplinario. Una de las particularidades del procedimiento estaba dada por el hecho que ni los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y reestructuración ni de la Inspectoría General de Tribunales podían ser recusados, sólo podían inhibirse si lo consideraban pertinente.

La Corte distinguió imparcialidad de independencia, que a pesar de su estrecha relación, son conceptos con un “contenido jurídico propio”. Conforme con el artículo 8 de la Convención Americana, “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”. El juez “debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho”. En cuanto a la institución de la recusación, la Corte destacó una doble finalidad: “por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función” jurisdiccional. Por ello, la recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino como una herramienta que brinda confianza a quienes están ante órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.

La Corte consideró que la inhibición no era suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal y cuestionó el hecho de que los magistrados sometidos al proceso de destitución no contaran con algún recurso para impugnar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciera. Si bien no hubo pruebas que indicaran que se había violado el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, la Corte consideró que las víctimas, al no tener la facultad de recusación, fueron impedidas de solicitar que la imparcialidad del juzgador sea revisada. Por ello, el Estado no garantizó el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en violación del artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con sus artículos 1.1 y 2.

II.c. Motivación de la decisión sancionatoria

Otro aspecto en el cual el Tribunal sentó también importantes criterios fue en relación con el deber de motivación de la decisión sancionatoria. En el caso se alegó que la Comisión de Fortalecimiento y Reforma consideró como única prueba y como único elemento de motivación los argumentos desarrollados por la Sala Política Administrativa en su decisión que había anulado el fallo de la Corte Primera y realizado la calificación de error jurídico inexcusable.

La Corte sostuvo que el deber de motivación, como “exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”, si

procedimiento común; cfr Caso Apitz Barbera y otros, párr. 53.

bien no es una garantía explícita, debe considerarse incluida dentro de la noción de “debidas garantías” del artículo 8.1 de la Convención Americana. Y agregó:

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia [...], que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

[...] las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias [...].

En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores [...].⁶

La Corte observó que el derecho internacional ha establecido pautas sobre las razones válidas para suspender o remover a un juez, las cuales pueden ser mala conducta o incompetencia. Los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada por un tribunal superior, lo cual resulta necesario para garantizar la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones. En este sentido, el derecho internacional distingue el sistema de recursos, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones judiciales, del control disciplinario, que tiene por finalidad valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por

6 Caso Apitz Barbera y otros; párrs. 77 y 78.

El poder judicial tiene un rol fundamental en los procesos de transición. Esta centralidad esta dada, entre otros aspectos, por el combate contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos.

parte de un órgano revisor, la Corte consideró que se debía analizar la conducta y esa revisión exigía una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria.

En el caso, la Corte consideró probado que el órgano disciplinario al momento de valorar y determinar la responsabilidad disciplinaria de los magistrados sancionados se limitó a reseñar las consideraciones de la decisión de la Sala Político Administrativa y señaló que la sola reiteración de dicha calificación no era suficiente para motivar la decisión de destitución, sino que era necesario analizar el error judicial inexcusable como falta disciplinaria, lo que exigía: a) una motivación

respecto de la idoneidad de los jueces para el ejercicio del cargo; b) dar razones sobre la gravedad de la falta alegadamente cometida y sobre la proporcionalidad de la sanción propuesta y la finalmente adoptada; y c) el órgano disciplinario debía responder autónomamente, y no por remisión a la decisión de la Sala Político Administrativa, al menos los principales alegatos defensivos de los magistrados sancionados.

Para la Corte la motivación de la sanción disciplinaria debía operar como una garantía que permitiera distinguir entre una “diferencia razonable de interpretaciones jurídicas” y el “error judicial inexcusable”, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar



posiciones jurídicas divergentes a las sustentadas por instancias de revisión. Por estas razones la Corte consideró que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución violando el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

Por último, también como parte del deber de motivación, el Tribunal también encontró una violación al artículo 8.1 de la Convención Americana por el hecho que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración guardó silencio respecto de la única prueba promovida por los magistrados destituidos que tenía el propósito de esclarecer

el aspecto determinante del caso, es decir que el amparo concedido por la Corte Primera no tenía los efectos alegados y que, por ello, no existiría el error judicial inexcusable reprochado. Según la Corte, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración debió dar una respuesta mínima aceptando o negando la producción de dicha prueba o incluso ordenando que las víctimas fueran quienes la allegaran.

II.d. Independencia del Poder Judicial

Finalmente, otro de los aspectos que planteó este caso se relacionaba con la dimensión institucional e individual de la independencia ju-



dicial. El representante de los magistrados destituidos alegó por una parte, que el caso se insertaba dentro de un contexto político más amplio, de falta de independencia en general del poder judicial y, por la otra, de la falta de independencia del órgano disciplinario. En relación con el primero de los alegatos, el representante señaló que existía “una depuración o una ‘limpieza ideológica’ de los tribunales venezolanos, a fin de deshacerse de todos aquellos jueces que [...] no compartieran el proyecto político del Presidente de la República”. Para probar sus afirmaciones, el representante se basó en diversos elementos, entre otros: a) el discurso de un Magistrado de la Sala Constitucional del TSJ a quien se le atribuyó haber declarado que la interpretación constitucional debía estar al servicio del proyecto político imperante; b) “la destitución o ‘jubilación’ de aquellos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que en algún momento se apartaron de la línea oficial”; c) el aumento del número de magistrados de dicho Tribunal el que alegadamente fue realizado “a fin de lograr [su] control absoluto”; d) declaraciones de funcionarios públicos que indicarían una injerencia del Poder Ejecutivo en el Judicial; e) un peritaje que aludía a un supuesto patrón de destituciones o remociones de jueces por motivaciones políticas.

La Corte destacó la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de violaciones a los derechos humanos, lo que obliga a aplicar una valoración de prueba que tenga en cuenta tal extremo y que a la vez sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados. Luego de analizar los argumentos y las pruebas aportadas la Corte concluyó que no quedó probado que “el Poder Judicial haya sido ‘depurado’ ideológicamente” ni “demostrado que el Poder Judicial en su totalidad carezca de independencia”⁷.

II.e. Independencia del órgano disciplinario

Distinta fue la conclusión de la Corte Interamericana respecto de la independencia del órgano disciplinario. La Comisión Interamericana había alegado la existencia de una “desviación de poder”, que se habría configurado cuando “procedimientos formalmente válidos –la investigación disciplinaria en contra de las víctimas– fueron utilizados como mecanismos para cumplir con finalidades no declaradas”. El representante de los magistrados afirmó que el órgano disciplinario se había limitado a “ejecutar una orden impartida, expresa o tácitamente, por el Presidente de la República”. Entre otros hechos que se relacionarían con la existencia de la alegada desviación de poder, la Comisión y el representante señalaron once sentencias que la Corte Primera adoptó entre agosto de 2002 y agosto de 2003, las que calificaron como “contrarias al gobierno”, la existencia de tendencias políticas diferenciadas dentro de dicho tribunal y una investigación penal.

De todo ese marco fáctico, la Corte Interamericana consideró relevantes y probados dos hechos ocurridos en el año 2003. El primero se relacionaba con una sentencia de la Corte Primera sobre el “Plan Barrio Adentro”, decisión que se refería a un plan de salud gubernamental que permitía la participación de médicos extranjeros sin exigirles la reválida de su título. La mayoría de la Corte Primera ordenó “que se sustituy[eran] a los [m]édicos [e]xtranjeros, por aquellos [m]édicos [v]enezolanos o [e]xtranjeros que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley del Ejercicio de la Medicina”. A raíz de este fallo se produjeron en la prensa declaraciones de altas autoridades de gobierno, entre otras, del Presidente de la República y de la Ministra de Salud. La Corte Interamericana consideró que tales declaraciones claramente demostraron que los tres magistrados fueron descalificados en su ejercicio profesional, que se afirmó que no deberían formar parte del Poder Judicial y se llamó al no acatamiento de la decisión que adoptaron como mayoría de la Corte Primera.

El segundo de los hechos se relacionó con una investigación penal y también con declaraciones públicas de altos funcionarios. El chofer de uno de los magistrados fue detenido cuando llevaba, con autorización de dicho juez, un expediente a la casa de un funcionario del Tribunal. En el marco de la investigación penal de ese hecho, la Corte Primera fue allanada durante varias horas por efectivos de la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) quienes portaban armas largas. Además de la investigación penal, se impuso a dos magistrados una medida cautelar de suspensión de 60 días. La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia declaró sin fundamento la detención del chofer, en tanto la salida del expediente no revestía los caracteres de delito y constituía una “práctica común” de los tribunales, respecto de la cuál no existía “prohibición expresa”. La Sala de Casación Penal “invalid[ó] cualquier investigación que se llev[e] a cabo por los mismos hechos”. Tres días después de esta decisión y pocos días antes de ser destituidos, el Presidente de la República nuevamente hizo pronunciamientos públicos negativos sobre los integrantes de la Corte Primera. Sobre estas declaraciones la Corte Interamericana observó que:

[...] no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones [...], y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos [...]. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de

⁷ Caso Apitz Barbera y otros; párr. 108.

Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador [...]»⁸.

La Corte Interamericana concluyó que el proceso penal, la investigación disciplinaria y la medida cautelar de suspensión en contra de los magistrados de la Corte Primera, resultaron excesivas. Las circunstancias del allanamiento de la Corte Primera durante más de seis horas, por más de cuarenta efectivos de la DISIP provistos de armas largas, aparecieron al criterio del Tribunal como desproporcionadas en relación con el hecho investigado. Lo anterior, sumado a las declaraciones de la máxima autoridad del Gobierno vertidas tres días después de la decisión de la Sala de Casación Penal, permitió advertir la existencia de una conducta amedrentadora sobre los jueces de la Corte Primera.

En síntesis, la Corte consideró que quedó demostrado que: 1) se removió a los magistrados de una alta corte venezolana, como la Corte Primera, encargada de controlar los actos de la Administración; 2) la destitución se produjo luego de que la mayoría de la Corte Primera adoptó una sentencia que fue severamente criticada por las más altas esferas del Gobierno, arguyéndose que las víctimas no debían ser magistrados y manifestándose públicamente que la sentencia sería desacatada; 3) la destitución también se produjo después de que se llevara a cabo un proceso penal, una investigación disciplinaria y se suspendiera provisionalmente a dos de los magistrados, todo ello por un hecho que posteriormente fue calificado por el más alto tribunal del país como una “práctica común” que no era considerada ilícita; 4) por ese mismo hecho, también se procedió a un allanamiento desproporcionado a las instalaciones de la Corte Primera; y 5) finalmente, la destitución se produjo luego de que la máxima autoridad del Gobierno calificó a las víctimas de “vendidos a los intereses de la oposición golpista”.

Por todo ello, la Corte concluyó que los hechos señalados demostraban una clara presión en contra de la Corte Primera y, como paso siguiente, examinó si el órgano que destituyó a los magistrados ofreció las suficientes garantías para ser considerado un tribunal independiente, que resolvió el proceso disciplinario totalmente ajeno a las circunstancias de presión que se produjeron en contra de sus justiciables.

Al respecto, la Corte constató que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional y provisorio, que no tenía una estabilidad definida y cuyos miembros podían ser nombrados o removidos por el Tribunal Supremo de Justicia de manera discrecional, sin procedimientos previamente establecidos. Si bien no quedó demostrado que el órgano disciplinario actuó en “desviación de poder”, es decir directamente

“Los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador”.

presionado por el Poder Ejecutivo para destituir a las víctimas, la Corte concluyó que, debido a la libre remoción de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones de dicho órgano disciplinario. Por ello declaró que el Estado violó el derecho de los tres magistrados a ser juzgados por un tribunal con suficientes garantías de independencia, en violación al artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del tratado.

Conclusión

En estas dos sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca la importancia de la independencia del poder judicial. En primer lugar, se afirma que la independencia judicial debe garantizarse, entre otras medidas, mediante un adecuado proceso de nombramiento, adecuadas garantías contra las presiones externas y un procedimiento de destitución respetuoso de las obligaciones internacionales, de manera que tanto los jueces titulares como los jueces provisorios no estén sujetos a remoción discrecional. En segundo término, la jurisprudencia de la Corte destaca el cuidado que deben tener las altas autoridades de gobierno al realizar pronunciamientos sobre las decisiones y actuaciones del poder judicial. El objetivo de la independencia judicial radica en evitar que el sistema judicial, en general, y sus integrantes, en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. En los procesos de transición, en los que usualmente se generan divisiones y situaciones que desafían la independencia judicial, no cabe al poder judicial sino redoblar sus esfuerzos por defender y demostrar su independencia, garantizando a los ciudadanos una justicia libre de presiones, basada en la autoridad de la Constitución y con apoyo en las obligaciones internacionales en derechos humanos de los Estados.

⁸ Caso Apitz Barbera y otros; párr. 131.

Persecución penal de violaciones de los derechos humanos

Desafíos del Poder Judicial



JORGE CORREA SUTIL
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Colombia enfrenta uno de los problemas más complejos de la moral, el derecho y la política cuando discierne si y cómo es posible lograr a la vez, verdad, justicia, reparación, desmovilización, pacificación y profundización democrática. Algunos priorizan unos de estos objetivos y otros, los restantes, mientras los afectados naturalmente luchan para lograr o para impedir que algunos de esos fines sean alcanzados, lo que hace difícil y tensiona la indispensable política de Estado en estas materias. Entiendo que todos se cuestionan hasta qué punto es ética y políticamente justificable renunciar parcialmente a unos de estos fines para maximizar los otros y si ello es necesario. A los jueces corresponde un papel central y extraordinariamente relevante, como es cautelar que no se desvanezcan los objetivos de la verdad y de la justicia en medio de tensos y siempre amenazados equilibrios.

Mi experiencia se limita a Chile. Allí también nos preguntamos, aunque en un contexto hartamente diverso, cuánta verdad, cuánta justicia y cuánta reparación eran posibles. Allí, el riesgo de alcanzar verdad y justicia era, en un comienzo, el de poner en jaque la frágil obediencia militar o generar luego un clima de tensión tal que entrabara el desarrollo económico y el objetivo de reducir la pobreza. Nunca se pretendió, como aquí, alcanzar la justicia, la reparación y la verdad con instrumentos que, a la vez incentiven la desmovilización. En ambos escenarios era clave garantizar la no repetición, pero las amenazas eran muy diversas, aunque, me parece, el desafío tiene algo en común, esto es, escapar de la impunidad respecto de crímenes cometidos por grupos aún muy poderosos, y reafirmar esta regla esencial de lo que se ha dado

en llamar justicia transicional, que intenta —y digo deliberadamente intenta, porque creo que la lucha está en sus etapas iniciales y en pleno desarrollo— afirmar de que ya no es posible que los grupos en pugna pacten, al margen de las víctimas, un acuerdo según el cual se alcanza la paz porque los unos dejan gobernar a los otros, a condición que no los sancionen. Colombia intenta afirmar esta verdad esencial, aunque a sabiendas que, para lograrlo tendrá que renunciar a algo de la justicia, entendida al modo tradicional, a fin de garantizar que todos los actores se someterán, de una vez, a las reglas del Estado de Derecho, renunciando a la violencia como sistema de solución de los conflictos.

Juzgo difícil exagerar la importancia de estos contextos políticos a la hora de comparar experiencias, lo que me hace dudar acerca de qué será lo que, de la experiencia chilena, pueda ser útil relatar y hartamente escéptico de tomar la justicia transicional como algo más que un conjunto de principios en pleno desarrollo y un abanico de escenarios de más extenso desarrollo de los que se puede aprender de los errores y aciertos, a condición de no transformarla aún en un cuerpo dogmático acabado, como si ya tuviera la experiencia ganada del Código Civil de Napoleón.

Desde luego, omitiré relatarles que el proceso en Chile fue tenso, que, como en pocas oportunidades, se agudizaron las fricciones entre los poderes del Estado y que, cuando el desafío es la justicia transicional, la política inevitablemente se judicializa y el derecho penal, que debiera ser la última ratio, se transforma en un arma formidable de la lucha política. Son períodos en que los jueces debemos practicar la virtud



© COLPRENSA

de la templanza, porque hasta nuestras tareas más propias se ven cuestionadas por quienes se ven cuestionados por ellas. Templanza también porque a veces en estos escenarios, los jueces, sólo por cumplir con nuestras funciones nos transformamos, aunque no lo queramos, en una oposición potente de los gobiernos y la templanza es una virtud importante para discernir lo propio de lo ajeno, resistir ataques sin entrar excesivamente al ruedo de la polémica y, sobretudo, para no salir derrotado en una arena que es inevitablemente más política, polémica y ruidosa de aquella en que los jueces quisiéramos siempre movernos.

Siguiendo un método de tratar de contrastar lo esperado con lo obtenido, de intentar reconocer con los ojos de ayer lo que nos habría resultado sorprendente de lo que sucede hoy, quisiera contarles seis cuestiones que juzgo hemos aprendido en Chile en 20 años de justicia transicional.

Primer Punto: La justicia en Chile ha tardado más de lo que esperábamos

La que podríamos llamar justicia transicional ha tomado, al menos en Chile, mucho más tiempo del que cualquiera de los actores a inicios de la transición hubiera imaginado. Al asumir el mando en 1990, el

Ya no es posible que los grupos en pugna pacten, al margen de las víctimas, un acuerdo según el cual se alcanza la paz porque los unos dejan gobernar a los otros, a condición que no los sancionen. Colombia intenta afirmar esta verdad esencial, aunque a sabiendas que, para lograrlo tendrá que renunciar a algo de la justicia.

Presidente Aylwin, el primero elegido luego de un régimen militar que duró 17 años y que practicó una política sistemática de violaciones a los derechos humanos, incluyendo la tortura y la desaparición forzada de personas dijo lo siguiente: “Considero mi deber evitar que el

tiempo se nos vaya de entre las manos mirando hacia el pasado. La salud espiritual de Chile nos exige encontrar fórmulas para cumplir en plazo razonable estas tareas de saneamiento moral, de modo que más temprano que tarde llegue el momento en que, reconciliados, todos miremos con confianza hacia el futuro y aunemos esfuerzos en la tarea que la patria nos demanda”. Habiendo conversado con los Presidentes Sanguinetti de Uruguay y Alfonsín de Argentina, que habían tenido que enfrentar problemas análogos, nuestro Presidente llegó a la convicción de que, cualquiera fuera su estrategia, los resultados debían ser rápidos, a riesgo de sufrir reveses y enredarse, como había ocurrido en los países vecinos. Creó entonces Aylwin una Comisión de Verdad y le puso un plazo muy reducido, de un máximo de 9 meses para que reportara acerca de las más graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el régimen militar que concluía. A casi 20 años de esas fechas, hay al menos 345 juicios aún en trámite¹, los que involucran a un total de 1141 víctimas muertas o desaparecidas y a 482 agentes del Estado imputados, se sigue buscando saber con certeza y detalle la suerte corrida por la mayoría de los más de dos mil detenidos desaparecidos. De los más de 400 agentes del Estado que se encuentran procesados o acusados, 256 ya han sido condenados, pero sólo respecto de 83 la sentencia se encuentra a firme.

Todo ha sido más largo de lo que esperábamos. La larga historia nos ha enseñado que los horrores del pasado no se “resuelven” nunca, como algunos hubiesen querido; sino que, a lo máximo que puede aspirarse es a procesarlos mejor y a dar ciertas y muy limitadas certezas acerca de cómo se desarrollarán. No se trata tan sólo de lo mucho que dura la memoria. Tampoco sólo del tiempo que puede tomar la captura de un criminal prófugo y ni siquiera la extensión alude únicamente a los procesos de duelo, que se arrastran con verdades que salen a goteos; se trata del largo tiempo en que, al menos en la experiencia chilena y

La verdad, esa que los jueces sabemos relatar tan bien en nuestros fallos, tiene una capacidad pedagógica y de convicción enorme, más que los discursos ideológicos o jurídicos mas sabios y sofisticados

¹ El Programa de Derechos Humanos del Gobierno registra esa cifra al mes de agosto de 2008.

pienso que esto lo compartimos con varios otros países, permanece un alto grado de incertidumbre acerca de las normas que rigen, acerca de cuánta verdad, cuánta justicia y cuánta impunidad van a terminar por imponerse y por cuánto tiempo es posible que sigan cambiando las reglas y principios que establecen los acomodados entre la justicia deseable y la impunidad inevitable. Ello no quiere decir que en esta historia no haya hitos, como ciertamente ya los hay en Colombia, con la Ley 975 de 2005 y el fallo de la Corte Constitucional que se pronunció a su respecto. En Chile también han existido esos hitos, que ciertamente han ido acotando las incertezas y permitiendo que el proceso escurra por ciertos cauces. Pero las reglas apenas han fijado un derrotero y los actores, siguiendo en esto estados de opinión pública, han hecho cosas muy diversas y cambiantes con esas reglas.

Si algo de esto fuere a suceder en Colombia sería oportuno convocar también a la virtud de la paciencia, pues es importante desplegar una mirada de largo plazo y saber que lo que está en juego no se resuelve necesariamente en cada caso, sino en una acumulación de historias.

Segunda cuestión que aprendí de la experiencia chilena: Los procesos pueden ser incrementales hasta madurar y dar frutos

La consigna del Presidente Aylwin al iniciar la transición fue “toda la verdad y la justicia en la medida de lo posible”, frase que le significó duras críticas de los grupos de derechos humanos. Lo que ni Aylwin ni sus críticos pudieron imaginar es hasta qué punto esa “justicia en la medida de lo entonces posible” permitió que fuera cada vez mayor la justicia alcanzable. Antes de dejar el poder, el ex dictador y aún y por varios años Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet, había dicho que si le tocaban a uno de sus hombres se acababa el Estado de Derecho. Terminó el mismo respondiendo ante la justicia, y si no murió encarcelado, lo hizo con arresto domiciliario y con sus bienes embargados. El juicio a Pinochet simplemente no era ni posible ni imaginable al comienzo de la transición chilena. Tampoco que el ex jefe de la policía secreta, el hombre más temido de la dictadura esté sirviendo en una cárcel diversas sentencias que ya suman más de cien años de privación de libertad. Si se le hubiera tocado a comienzos de la transición es posible que efectivamente la amenaza de Pinochet de que se acababa el Estado de Derecho se hubiera hecho realidad.

Para alcanzar alguna justicia fue no sólo necesario que los equilibrios de poder cambiaran, sino sobretudo que la verdad madurara y terminara por imponerse en la conciencia de los chilenos. Antes de eso, la justicia que hoy hemos alcanzado no era posible. Nuestra experiencia muestra que aspirar a un cierto grado de verdad, de justicia o de reparación, no cierra, sino que abre escenarios en que esa discusión se repite, con nuevas e impensadas oportunidades. El precio, por supuesto, es el de una cierta incertidumbre.

Estoy convencido que un factor extraordinariamente relevante para que este proceso haya sido incremental, para que cada vez haya sido



© Julián Alberto Lineros

posible más y no menos verdad, reparación y justicia, es que la opinión pública así lo fue demandando, que las demandas de verdad y justicia han ido ganando y no perdiendo las muchas y sucesivas batallas por la legitimidad social. Juzgo también que ello ha sido así porque la justicia alcanzada, que ha sido incremental y más reactiva que proactiva a esas demandas ciudadanas ha sido siempre, en ese ritmo conservador, percibida como legítima, ya que ha seguido a golpes de verdad que han impactado a la ciudadanía.

La verdad, esa que los jueces sabemos tan bien relatar en nuestros fallos, tiene una capacidad pedagógica y de convicción enorme, más que los discursos ideológicos o jurídicos más sabios y sofisticados. En Chile, gracias a ella, al impacto que ella ha podido producir, se ha podido resistir las críticas de la desigualdad y de la prescripción. La demanda por justicia ha podido sobreponerse a los gestos intimidantes de las protestas militares y a los más dramáticos de los suicidios de quienes la acusaron de perseguirles injustamente casi cuarenta años después de sus crímenes.

Si algo de esto fuere importante para ustedes sería la hora de convocar también a las virtudes de la laboriosidad y de la persistencia de jueces y

fiscales, para que así puedan dejar hablar a la voz de la verdad, para que ella refuerce las demandas ciudadanas por justicia y reparación.

Si los aspectos oscuros de este largo e incremental proceso, entre los cuales cuento la desigualdad y el exceso de incerteza, pesan menos que sus lados claros, no es en última instancia, porque se ha hecho posible más castigo, en sí valioso, sino, sobretodo, y estos son los frutos que quisiera proponer como los más valiosos, porque esa prolongada, intrincada y paradójica forma de construir verdad y justicia ha terminado por crear una barrera poderosa de prevención. Es difícil saber qué procesos ayudan más a construir sólidas barreras de prevención; los grados de verdad y justicia no son los únicos factores coadyuvantes, y si no, mírese la transición española. Me temo que ni siquiera la persistencia de la memoria parece tan decisiva para prevenir, como muchos solemos pensar. Con todo, en Chile, la verdad, el castigo y la reparación, en la medida que se han dado, han sido siempre percibidos como legítimos y han contribuido significativamente a construir memoria, repudio social y a valorar la dignidad humana, lo cual ha generado bases sólidas para prevenir nuevos períodos de violación masiva de derechos humanos, de intolerancia, de violencia o de desprecio por la vida.



© COLPRENSA

Supongo que la afirmación que acabo de hacer es polémica, pero a la luz de la historia chilena, quiero resaltar el valor de la garantía de no repetición y de la reparación. No niego los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, ni tampoco que de ellos surjan obligaciones claras y perentorias para el Estado, como tan pedagógicamente lo han desarrollado las altas cortes de Colombia. Con todo, pienso que la sanción penal no es un fin en sí mismo, sino que es, ante todo, un medio de prevención. En esto, me confieso más utilitario que Kantiano, creo que el derecho del Estado a castigar se legitima más por la prevención que por la retribución de un mal por otro. Así, pienso que la sanción penal debe ser mirada, evaluada y apreciada como un instrumento —el más perfecto, desde luego y casi siempre insustituible— para garantizar la no repetición. Hago esta afirmación conciente de que es polémico llamar instrumento a la sanción penal y fines últimos a la prevención y a la reparación. Sé que si así se piensa, bajo ciertas condiciones se puede estar dispuesto a sacrificar en parte la sanción en aras de la prevención y yo lo estoy. Pero no estoy aquí para exponer mis principios, aunque creo honesto confesarlos a esta altura. Lo que quiero rescatar del relato de la experiencia chilena es una cierta perplejidad de constatar que lo extendido e incremental del proceso de justicia transicional chileno ha sido, tal vez un factor primordial de su capacidad de ser percibido como socialmente legítimo, de penetrar las convicciones ciudadanas, las que, a su vez han reforzado los procesos de alcanzar más justicia.

Pinochet cambió la historia de Chile. El orden económico que instauró se ha modificado, pero no sustituido. La Constitución, aunque muy cambiada, todavía lleva su firma. Su obra, en muchos aspectos, ha sido eficaz y perdurable. No obstante, nadie ya rinde honores públicos a su memoria, nadie que quiera hacer carrera política se pone al lado de su recuerdo. Y ello es porque esta larga lucha por los derechos humanos y muchos que la han sostenido, han logrado finalmente, un formidable repudio a las violaciones de derechos humanos con que se le identifica. Pinochet no importa ya, pero la lección de su total abandono final está allí para que nadie la olvide si imagina poder salir airoso de aventuras análogas.

Si algo de lo que acabo de decir les hace sentido, sería la hora de convocar una nueva cualidad: la del discernimiento, tan propia de nosotros los abogados, para así poder distinguir lo principal de lo accesorio, los medios de los fines.

Tercera cuestión que aprendo de la experiencia chilena: Que un proceso sea incremental no es lo mismo a que sea continuo

El carácter incremental no debe confundirse con el de continuo. Desde luego, la transición chilena se inició con una derrota electoral, pero no militar ni con el aniquilamiento moral de quienes dejaban el poder. Probablemente por eso, la transición no se inició con una

oleada intensa y potente de verdad, ni tampoco con manifestaciones sociales agudas de repudio a las violaciones pasadas a los derechos humanos, como ocurrió en Argentina. En Chile, alguna parte de la verdad se socializó ya en dictadura y luego se ha incrementado en sucesivas y sorprendentes oleadas que nunca se han transformado en marejadas. Sin embargo, durante extensos períodos de esta larga historia, cualquier observador desapasionado habría pronosticado que ya no quedaba un sólo capítulo importante que escribir en este proceso, pues no sólo no ocurría ninguna novedad en este tema, sino que la “justicia transicional” no estaba en la agenda de ninguno de los actores políticos influyentes y la verdad alcanzada parecía haber saturado la capacidad de horror o de compasión de la sociedad; hasta que, súbitamente, las ansias del viejo autócrata por no morir sin visitar Londres de nuevo, o una historia de tortura, revelada por su víctima al reconocer a su victimario, que tampoco parecía de las más horrosas, reavivó el fuego y volvió a prender un tema que parece nos acompañará por largo tiempo. A veces fue una condena judicial la que generó que el tema, que parecía olvidado, volviera a la agenda. Otras vinieron de informes de verdad, algunas del extranjero, como la detención de Pinochet o de condenas de organismos internacionales. Casi siempre fue porque la ciudadanía pudo absorber una parte de la verdad que antes no había asimilado. A cada uno de esos momentos siguió un impulso judicial por más justicia. Los impulsos judiciales por alcanzar más verdad, juzgar y condenar, han seguido y no se han adelantado a estas oleadas sucesivas. Las manifestaciones de repudio social, que han seguido también ese registro de baja intensidad y de ritmo inconstante, incremental y prolongado, parecen haber calado hondo en la sociedad chilena. Los jueces chilenos no han sido proactivos, sino reactivos a esas demandas ciudadanas y aunque aquello ha provocado la impaciencia, el desánimo y la crítica de muchos de los luchadores de la causa de los derechos humanos, pienso que, en la perspectiva del tiempo, ese carácter reactivo, tan criticable, desde muchos puntos de vista, ha tenido la virtud de hacer que las sanciones aplicadas sean percibidas socialmente como justas, como legítimas, lo que ha venido a reforzar y no a debilitar el repudio social a las violaciones a los derechos humanos, que, juzgo como tan valioso en la tarea prioritaria de prevenir su ocurrencia futura.

Si algo de esto fuera a ocurrir en Colombia, sería hora de convocar nuevamente a la paciencia, aunque sobretodo dotar de esperanza a aquellos que anhelan más justicia para que resistan los tiempos en que todo parecerá perdido.

Cuarta cuestión que aprendo de la experiencia chilena vista en la perspectiva del tiempo: Ningún actor logró imponer su agenda y, sin embargo, las cosas cambiaron

Para alcanzar la justicia, las fuerzas democráticas que impulsaron la transición estimaban indispensable derogar o anular la amnistía decretada por los propios militares y hacer reformas orgánicas profundas al Poder Judicial que había sido tan obsecuente al régimen de Pinochet. No lograron ni lo uno ni lo otro y, no obstante ello, un importante grado

de justicia ha sido alcanzado. Poca, según muchos, pero más que en la mayoría de los países que han transitado a la democracia en las últimas décadas, a juzgar de quienes hacen estudios comparados en esta materia². Sin embargo, esas mismas fuerzas que no lograron sus objetivos prioritarios han proclamado y legitimado socialmente una verdad que ha avergonzado a quienes participaron en ese régimen, quienes se han visto obligados a reconocerla, han alcanzado justicia en grados que no eran imaginables al iniciarse la transición, han establecido una política de reparación aceptada por todos y han terminado por democratizar las instituciones públicas. A un mismo tiempo, la derecha, buena parte de la cual apoyó el régimen militar, aunque no ha ganado nunca una elección en estos 17 años, tiene representación parlamentaria y expectativas de ganar el próximo gobierno. Producto de esa representación política, de su poder económico y cultural y de los enclaves que, por largos años tuvo la Constitución, han logrado un poder político significativo, con el cual consiguieron que la reforma de la Constitución se haya dado lentamente y que no hubiera quiebres en la judicatura, fuerzas armadas o policías.

A los jueces corresponde un papel central y extraordinariamente relevante, como es cautelar que no se desvanezcan los objetivos de la verdad y de la justicia en medio de tensos y siempre amenazados equilibrios.

En síntesis, en un proceso como el chileno todos han tenido, además de motivos altruistas de sincera adhesión, razones egoístas para cuidar y legitimar las reglas del juego democrático. Ello ha hecho que durante este largo, progresivo pero discontinuo proceso de alcanzar verdad, justicia, reparación y reforma institucional, a nadie le haya convenido desafiar las reglas del juego democrático, pero todos han debido finalmente repudiar las violaciones a los derechos humanos, como algo inaceptable y conceder para que las instituciones se reformen. Pienso que esa extendida adhesión democrática es ya sincera. Se ha logrado por estos intrincados caminos en que nadie ha logrado la derrota total del otro.

² Sikkink, K., and Walling, Carrie Booth (2006). *Errors about Trials: The Emergence and Impact of the Justice Cascade*. , Princeton International Relations Faculty Colloquium., citado por Alexandra Huneus, en su tesis doctoral en la Universidad de California en Berkeley, titulada “The Dynamics of Judicial Stasis: Judges, Pinochet–Era Claims, and Judicial Legitimacy in Chile (1998–2005).

Si algo de esto fuera a tener lugar en Colombia parece necesario prepararse con humildad, para saber que la larga lucha de poner fin a los tradicionales pactos de 'yo te dejo gobernar pero tu no me persigues' están empezando a escribir una página en la historia y que se nutren y no fracasan cuando obtienen logros parciales.

En este escenario de un cierto empate entre fuerzas políticas, casi no ha sido posible tomar decisiones legislativas en materia de Derechos Humanos. Ello ha implicado que la justicia transicional alcanzada, aunque pueda ser calificada de pobre, nunca ha arriesgado involuciones serias en los procesos de pacificación o de democratización en que se adoptan, lo que le ha facilitado ser continua e incremental. Pienso que si bien el éxito tolera que los procesos sean lentos o parciales, no hay posibilidad de éxito, no hay posibilidad de verdad, ni de justicia, ni de repudio social a la violencia, si la sociedad las estima ilegítimas o se pierden los entornos en los que se afianza la democracia y la paz. Lo que digo no significa que no haya que arriesgar nada o que cualquier acomodo sea legítimo. Tampoco quiero decir que no se invoque con frecuencia la prudencia, la paz o la democracia como excusas para hacer menos de lo que se puede hacer sin arriesgarlas. Sólo supongo que es obligación moral prioritaria de quienes ejercen poder no arriesgar la involución de la paz y la democracia, que son indispensables para que ella se desenvuelva y que, en cambio, la paciencia sí puede acompañar procesos incrementales.

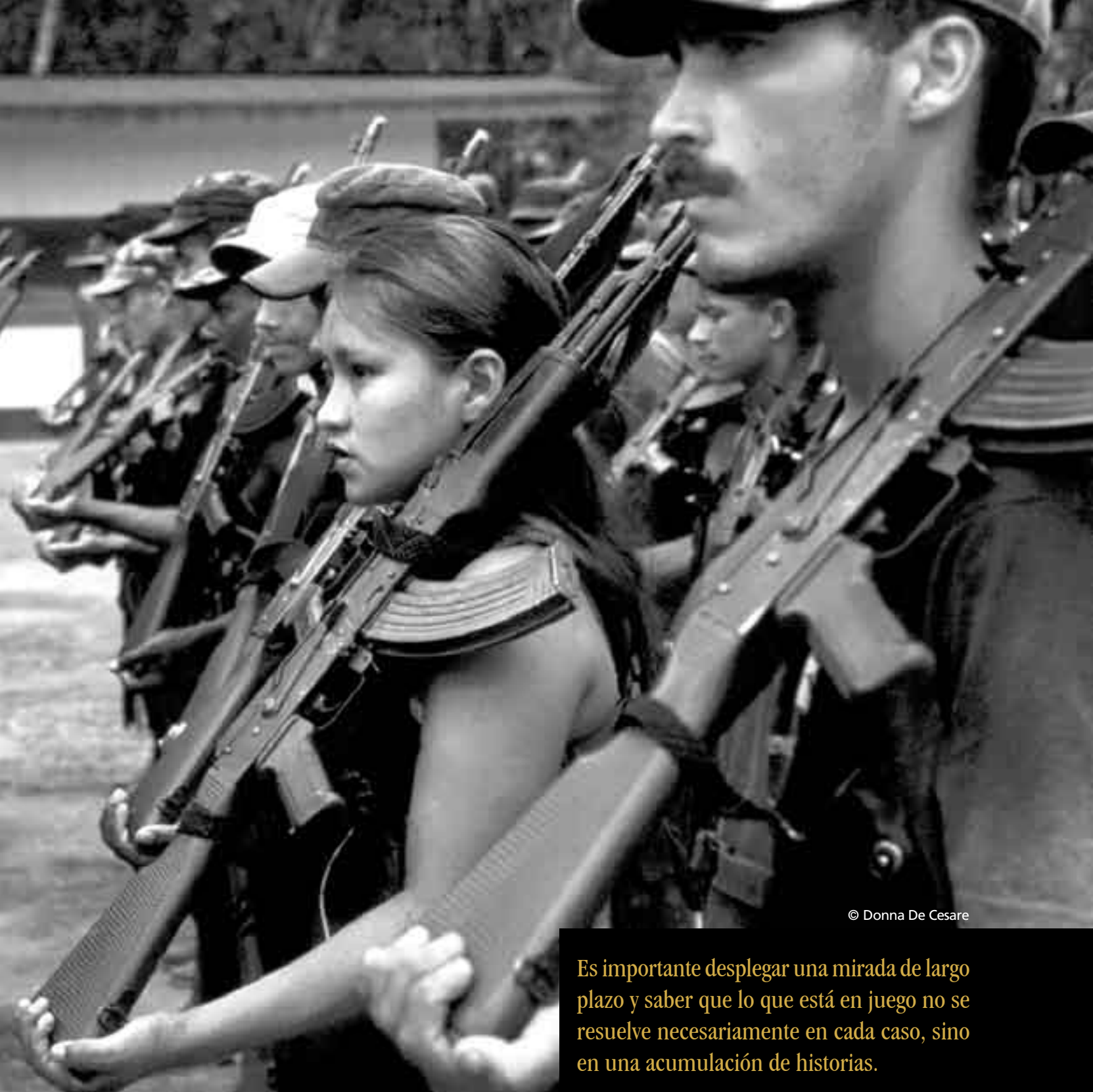
Quinta cuestión que aprendo de la experiencia chilena vista en la perspectiva del tiempo: Lo importante no es lo que las normas digan, sino lo que los jueces hagan con ellas.

Paradójicamente, el proceso chileno, que ha alcanzado más justicia que varios otros de su especie, lo ha hecho sin alterar, en lo sustancial, ninguna de las principales leyes nacionales que eran aplicables al término del régimen que violó los derechos humanos y créanme que entre ellas había cerrojos de impunidad altamente sofisticados. Allí están la justicia militar sin grandes modificaciones, allí formalmente vigente la auto amnistía que se dictó el régimen militar; allí las viejas reglas procesales penales inquisitivas, que aún rigen para las causas de violaciones a los derechos humanos. No sólo no han prosperado ninguno de los intentos por derogar o invalidar el Decreto Ley de Amnistía, sino tampoco los esfuerzos de los gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos por dictar lo que se podrían haber denominado leyes de justicia transicional, las que alentaban confesiones de la verdad a cambio de beneficios penales. Ya dije que ninguno de los grupos en disputa logró imponer los cambios legislativos o institucionales que estimaba indispensables para encausar el proceso, no obstante lo cual, algo de justicia se ha alcanzado, más que en la mayoría de las experiencias comparadas, más de lo que muchos imaginábamos entonces como probable.

El caso chileno ilustra, como pocos, la vieja frase de que lo decisivo no es tanto lo que establezcan las normas, como lo que los jueces



hagan con ellas. A ello quiero agregar otro factor que también creo debe calificarse de sorprendente. Si los que más han experimentado cambios no han sido ni las víctimas, ni las normas, sino los jueces que aplican esas normas, deberemos hacer constar que este significativo cambio jurisprudencial y de actitud desde la nula voluntad de investigar violaciones a los derechos humanos, que reinaba a inicios de la transición, a la actual, se produce sin ningún quiebre



© Donna De Cesare

Es importante desplegar una mirada de largo plazo y saber que lo que está en juego no se resuelve necesariamente en cada caso, sino en una acumulación de historias.

institucional en una judicatura que, además se renueva sobre la base de una carrera prácticamente cerrada y con promociones que sólo pueden originarse en propuestas muy limitadas que se originan en la propia jerarquía judicial. Si bien naturalmente no son las mismas personas las que sirven hoy en la Corte Suprema y ordenan reabrir investigaciones, aplican normas de derecho internacional por sobre el derecho interno, sostienen responsabilidades del mando y la tesis del

secuestro permanente³, que las que estaban en 1990, hay entre ellos continuidad institucional. La gran mayoría de los que hoy están en la Suprema formaban entonces parte de las mismas Cortes de Apelaciones que mayoritariamente se satisfacían con menos investigación,

³ Para una descripción de estas tendencias, véase textos citados en nota anterior.

eran deferentes con la jurisdicción militar y rechazaban la idea de que el derecho internacional tuviera algo que decir en la materia. Los que hoy ocupan sus cargos están porque les propusieron para ascender los mismos de ayer. El cambio se ha producido sin modificar las leyes aplicables y sin cambios revolucionarios en el Poder Judicial.

No necesito decir que no son los jueces aisladamente, sino la sociedad chilena la que ha cambiado de actitud, sólo quiero manifestar que al menos yo, ayer, y pienso que cualquier observador de entonces, no habría apostado a un cambio de la magnitud del que aprecio, en menos de 20 años sin alteraciones institucionales ni legales de relevancia y sobre la base de una permeabilidad judicial a las percepciones dominantes en la sociedad y a una disposición reactiva a esas tendencias.

Esto exige una virtud en apariencia política, como es la de discernir qué es lo que terminará exigiendo la historia. Los jueces no estamos para dictar fallos populares, pero nuestra legitimidad depende de invocar aquellas reglas de decencia moral elementales que, por ser ya tradición en nuestro occidente, podemos confiar se mantendrán en el tiempo. En estos tiempos tensos, me confieso escéptico de querer seguir siempre las últimas tendencias del pensamiento jurídico. Me temo que ellas arriesguen una jurisprudencia cambiante y, lo que es peor, fallos que puedan terminar siendo irrelevantes. En esto, me confieso conservador, y aunque no me abstendré de invocar ésta como una virtud, argumento para que tampoco se la trate como un defecto. Cuando se trata de poner un límite a la política y a grupos poderosos y cuando hay que hacerlo eficazmente, confío más en los viejos principios éticos que han logrado afirmarse en ya 200 años de democracia constitucional, que en los que se abren paso, aunque sea con luces rutilantes.

Sexta cuestión que aprendo y última que expongo de la experiencia chilena vista en la perspectiva del tiempo: Las oleadas sucesivas de conciencia del pasado, repudio social y sanciones judiciales constituyen enormes oportunidades para la profundización democrática.

Los prolongados, sucesivos e incrementales golpes de verdad y castigo socialmente legitimados han impactado en la reforma de las instituciones democráticas en Chile. Ese mismo ritmo han seguido no menos de una docena de reformas a la Constitución de 1980, hasta despejarla de los originales caracteres y enclaves autoritarios con que la dotara el gobierno militar. Otro tanto ha ocurrido con la judicatura, con las fuerzas armadas y con las policías, que han terminado por reconocer sus errores, a través de una pedagogía lenta, que poco o nada tiene que ver con cursos de capacitación y sí con hechos políticos que las han impactado. En ellas no se registran momentos de quiebre y el cambio de sus autoridades ha seguido las reglas aceptadas y no ha sido traumático. Al igual que con los derechos humanos, y en parte como consecuencia de esa historia, ha habido un proceso incremental de reforma y de cambios profundos en la estructura orgánica y en la cultura de esas instituciones. Hoy nadie discute que la Constitución,

la judicatura, las fuerzas armadas y las policías son, en esencia, democráticas y que no lo eran al iniciarse la transición. Para quien, como yo, está convencido que los únicos cambios institucionales estables son aquellos que se logran sostener incrementalmente en un largo período de tiempo, este ritmo, aunque enervantemente lento a veces, promete estabilidad. No quiero hacer un elogio de la lentitud. Sólo decir que el largo e intrincado proceso de transición y de justicia transicional en Chile ha empujado a reformas institucionales más sostenidas que las que probablemente habrían ocurrido si ese factor no hubiera estado presente.

Aunque ésta sea tal vez más una lección para la política que para la judicatura, la sagacidad y el sentido de la oportunidad tienen mucho que enseñarnos en la lucha por profundizar el Estado de derecho y la democracia.

Deseos finales

Se me ha invitado a exponer a este Encuentro de jueces que quieren comprometerse mejor con la paz, la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Les agradezco sinceramente. No estoy seguro qué utilidad pueda tener el relato que he hecho de la experiencia chilena y de las virtudes que me he atrevido a convocar, pero si algunas de las características de esa historia fueren a ser análogas en estas tierras, querría decir que el proceso de implementación de la ley, incluyendo la de Justicia y Paz, será tan importante como lo ha sido su proceso de adopción y aprobación, parcial y condicionada, en la Corte Constitucional. Querría decir que a las tensiones que ya se han vivido durante su aprobación y posterior reglamentación habrán de sucederse muchas y tan importantes como las anteriores y que la mayoría de ellas sucederán en el foro judicial. Que lo que hagan con la ley los actores de ese foro no está determinado enteramente por su texto. Querría decir, que los valores que se han intentado alcanzar por su intermedio pueden lograrse en grados insospechados si es que los actos de desmovilización, verdad, justicia y reparación que se logren en su aplicación son socialmente mirados como legítimos. Para ello, una clave de su éxito estará en la capacidad de los actores políticos y judiciales de sintonizar con las percepciones sociales acerca de lo que es y lo que no es legítimo; aunque tal vez lo más clave de todo el proceso radicaré en la conciencia atenta y permanente que tengan cada uno de quienes invocarán estas leyes ante la judicatura y particularmente sus jueces en interpretarlas de un modo tal de maximizar el logro de todos los fines que la legitiman, sin olvidar ninguno, y de saber así encontrar aquellas formas de aplicarla que mejor sirvan, a la vez, a los propósitos de desmovilizar real y permanentemente, producir confesiones plenas y veraces que conduzcan a la verdad, a actos de reconocimiento y arrepentimiento y a los demás gestos y actos de reparación, así como a grados de justicia que desvanezcan la irritación social que produce la impunidad, para que, con ello, y por sobre todo, Colombia asegure que la violencia nunca vuelva a ser una alternativa de solución de sus conflictos.



Es hora de convocar a la paciencia, aunque sobre todo de dotar de esperanza a aquellos que anhelan más justicia para que resistan los tiempos en que todo parecerá perdido.

Justicia y democracia



EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Referirme a un tema como el de la justicia y la democracia en un foro de tanta importancia como el Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria no deja de ser un desafío. Más aún, si aparecen en el horizonte discusiones que están a la orden del día a propósito de las reformas constitucionales que indican que la administración de justicia y la misma democracia son términos divorciados en la técnica constitucional. Como estoy convencido de que no es así, deseo transmitir a ustedes mis impresiones sobre esta relación en el marco histórico de nuestro reciente devenir institucional.

Para comenzar una pregunta ¿Por qué hoy resulta importante hablar de la relación justicia y democracia? Creo que no es necesario hacer muchos esfuerzos para recurrir a nuestro inmediato pasado y recordar la visión de un poder judicial sometido que reclamaba con absolutas justificaciones recursos para un cumplimiento digno de su labor. Los jueces fueron poco menos que un problema anual en el presupuesto que se incumplía reiteradamente y que por lo mismo no se consideraban fundamentales para una sociedad que identificaba la democracia con una elemental percepción de las elecciones de sus gobernantes.

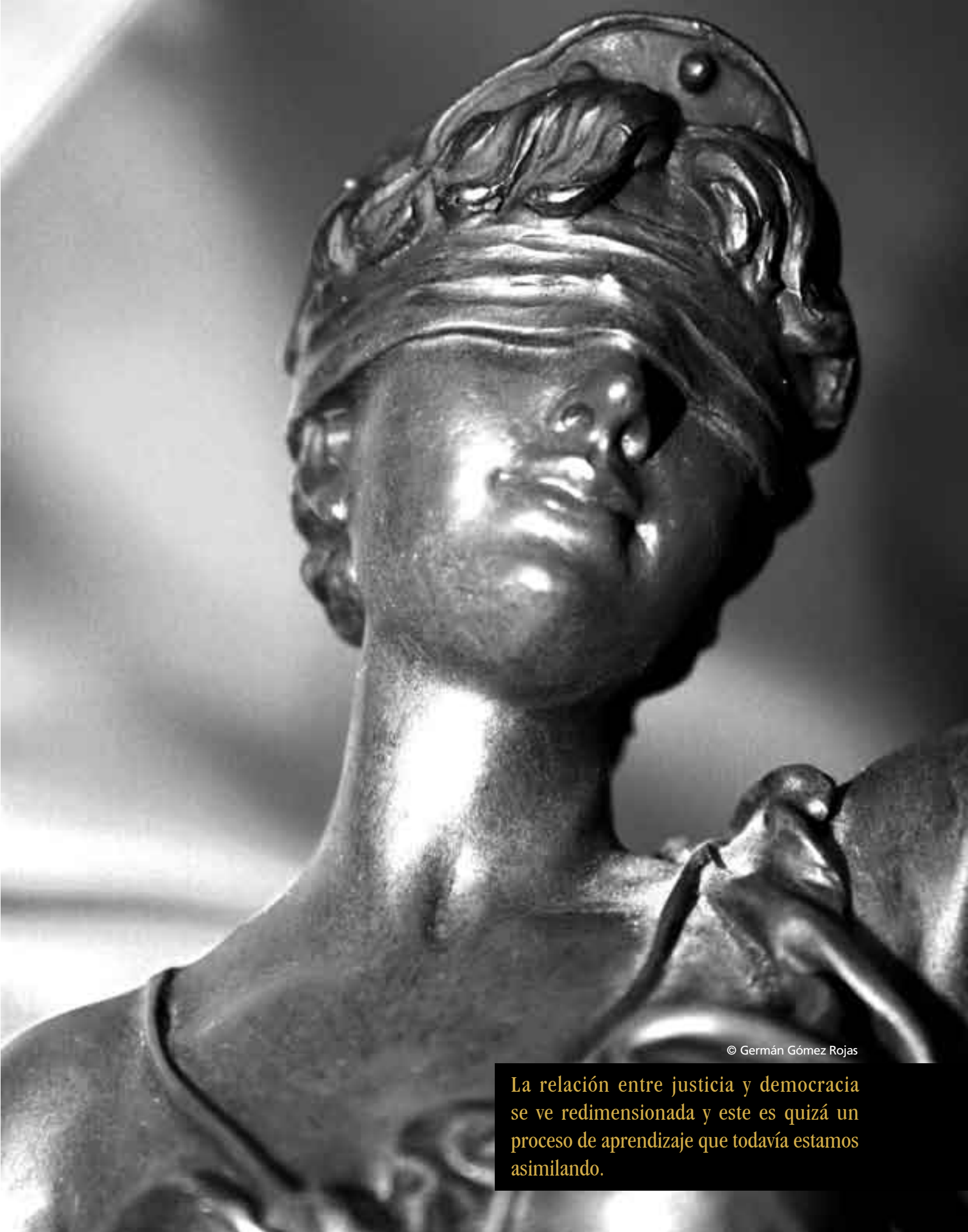
Es desafortunado decirlo, pero las exigencias impuestas por la transformación social con sus inevitables secuelas advertidas en el nacimiento de nuevas formas de criminalidad, los conflictos igualmente inevitables entre los asociados empujados por las realidades de la incorporación del país a una esfera más expansiva del mercado capitalista, los procesos de urbanización acelerados con todas sus lacras sociales evidenciaron hace treinta años que la democracia si podía ser amenazada por estos fenómenos y principalmente por el problema de la criminalidad organizada, de tal manera que las necesidades de

represión punitiva le mostraron a la sociedad lo importantes que son los jueces. Cuando fueron los propios jueces los que otorgaron sus vidas en aras de la aplicación del derecho, la sociedad colombiana acudió al lamentable espectáculo de una democracia endeble y amenazada que requería de un poder judicial fortalecido y entonces se aprendió a mirar a sus jueces como parte del engranaje fundamental de la institucionalidad.

Así hemos llegado tarde y a un costo demasiado alto al banquete de la modernidad, pues la idea de los presidencialismos fuertes fue capaz de dejar sin aire nuestra conformación institucional en el legislativo y más aún en el poder judicial. No se olvide que el liberalismo político sentó las bases para que la división de poderes se entendiera fundamentalmente como una limitación al ejercicio del poder en los Estados Constitucionales y sobre todo como un medio para proteger los derechos y libertades individuales considerados valores de convivencia fundamental. En el mismo orden, la filosofía política le dio un valor a las leyes expedidas por el parlamento como forma de limitar los abusos del poder central que tenían entidad suficiente para amenazar las libertades individuales, razón suficiente para que fuera una fuerza distinta la que controlara la aplicación de la ley conforme a las exigencias de la noción de Estado de Derecho.

La separación de poderes no se concibió como un problema del ordenamiento estatal, sino esencialmente como un medio para la realización de la libertad. A ello se añadió más tarde una consideración de orden funcional, según la cual la división no correspondía a un problema de rigidez constitucional, sino un tratamiento coordinado de las tres ramas con el fin de lograr los cometidos estatales concretados en la noción de bien común.

Estas ideas que fueron parte de nuestro aprendizaje más querido en las escuelas de derecho no fue parte de nuestra concepción de Estado



© Germán Gómez Rojas

La relación entre justicia y democracia se ve redimensionada y este es quizá un proceso de aprendizaje que todavía estamos asimilando.



© Germán Gómez Rojas

La separación de poderes no se concibió como un problema del ordenamiento estatal, sino esencialmente como un medio para la realización de la libertad.

y de ahí que quienes fuimos educados en una óptica del Estado liberal clásico marcáramos el abismo existente entre los grandes autores de la ciencia política y nuestra realidad. Una realidad que imponía la regla de los Estados de excepción como presupuesto de funcionamiento de la vida pública y en esa misma medida una anulación de la separación de poderes a la que se sumaba una minusvalía preponderante de la justicia. ¿Cómo hablar entonces de una democracia real que no fuera aquella de las elecciones? Es decir, democracia formal sin contrapesos en los poderes públicos, con restricción de las libertades fundamentales, democracia excluyente sin participación de los ciudadanos en las decisiones fundamentales que los afectan.

Con este panorama que se enquistó después del Frente Nacional, entendido como otra de las versiones restringidas de la democracia no nos queda más que decir que hemos llegado bastante tarde a las lecciones de Montesquieu y por esa misma razón, la idea de un poder judicial que sirva a los efectos de la democracia real terminó cristalizándose, después de varios intentos en la Constitución del 91. No puedo pensar que a esta reforma se le atribuya la simple connotación de una configuración burocrática copiada de otros modelos que ha significado un gasto financiero enorme para el país en vigencia de la nueva Carta. Por el contrario, creo que esta arquitectura institucional y su gasto son la respuesta a la deuda enorme que acumuló el país durante décadas, deuda que por lo demás aún no termina de pagarse y que al día de hoy nos dan una idea del valor que tienen los jueces para nuestro país.

Ahora bien, el haber aprendido tarde la lección de Montesquieu sobre la separación de los poderes con seguridad nos lleva a un planteamiento más complejo, esto es, que el problema fundamental de la necesidad cada vez mayor de tener un poder judicial independiente como un valor esencial de la democracia. Lo dijo en su tiempo el gran jurista italiano Piero Calamandrei al referirse a la necesidad de contar con un autogobierno judicial y reconocer que incluso los Consejos de la Magistratura son imperfectos por las tendencias políticas que inevitablemente acompañan la selección de sus miembros y cuyo remedio posible lo llevaba a recurrir al modelo inglés de administración de justicia, según el cual se debían abolir las jerarquías en la rama judicial dándole la misma dignidad y remuneración a todos los cargos judiciales para desterrar las ansias de poder que en un sistema de carrera dan lugar al pésimo matrimonio del temor con la esperanza.

En efecto, nuestra conformación de administración de justicia ha tenido un trasegar complejo en la adquisición de su verdadera independencia, pues siempre se observó este tema como un problema fundamental de la nominación de los jueces por cuenta del Ministerio de Justicia o los infaltables problemas de orden presupuestal que mantenían la rama judicial en una especie de capitis di minutio frente al poder ejecutivo y el poder legislativo, de tal manera que haber optado por la solución del autogobierno en estos diez y siete años ha significado un intento fundamental por poner la casa en orden y mostrarla al país como una verdadera rama del poder público. En ese camino seguramente hay

incomprensiones, exigencia de cuentas y valoración de logros, pero lo cierto es que si efectivamente hoy se puede hablar de una democracia más sólida en nuestro país hay que agradecer a ese diseño institucional que ha logrado la independencia de los jueces.

Si se me permite una interpretación de lo que ha pasado estos 17 años de vida constitucional con la justicia, forzoso será concluir que hemos avanzado a pasos agigantados en su modernización. Nuestros jueces no solo tienen los casos que por competencia les corresponden, sino también las acciones de tutela. El ordenamiento ha creado acciones de cumplimiento, y acciones populares que han incrementado la carga de trabajo judicial. A eso debe añadirse la creación de las jurisdicciones especiales como la indígena y la jurisdicción de paz y últimamente la creación de los jueces administrativos. En suma, puede decirse que se ha diversificado una oferta de justicia y si no hemos logrado satisfacerla adecuadamente se debe en mucho a la deuda acumulada que pasa cuenta de cobro a las instituciones encargadas de su manejo.

Las cifras más recientes del Consejo Superior de la Judicatura muestran que los jueces han realizado un trabajo absolutamente eficiente. El índice de evacuación en la jurisdicción ordinaria llega al 95%, es decir, que por cada cien procesos nuevos que ingresan nuestros jueces fallan en promedio 95 procesos antiguos. En otras ocasiones el índice de evacuación no llegaba ni al 70%, lo que indica que el avance ha sido profundamente significativo.

Los debates actuales si bien pueden tener importancia en el orden de las consideraciones de la política pública por una mejor administración de justicia, jamás podrán desconocer que si la democracia real se identifica con una separación de poderes ello se debe en gran parte al crecimiento y empoderamiento de la rama judicial. Para confirmar esta aseveración solamente hace falta mirar si hace quince años éramos capaces de dar los debates de hoy sobre lo que significa administrar justicia. Esto ha ocurrido por que la Carta, así no lo reconozcan los malquerientes de la Constitución del 91, ha significado una profundización de la democracia y una modernización de las relaciones entre los poderes públicos en el país.

Sin duda, hoy la ciudadanía cuenta con una imagen de la justicia distinta pues puede percibir una institucionalidad judicial más robusta que se observa en las entidades creadas al amparo de la Constitución Política y que ha sido capaz de hacer frente a las más graves amenazas para la democracia, pues qué sería de nuestro país si hubiésemos sucumbido a las graves afrentas del narcotráfico, la corrupción, el paramilitarismo o la subversión. Si hay una justicia que se manifiesta con su potencial frente a estos fenómenos es por que el Estado de Derecho todavía tiene un resguardo efectivo en unos jueces que han cumplido su labor para beneficio de una tradición democrática que muchas veces no se le reconoce.

El Estado y la sociedad colombiana han cambiado aceleradamente en estos años, pero sus percepciones sobre lo que significa un Estado de derecho como elemento fundamental de la democracia no aparecen

en su inconsciente colectivo. Probablemente ello obedezca a que la aceptación de nuevas doctrinas sobre el valor de la democracia tardan igualmente en cimentarse en nuestro medio acostumbrado a identificar el problema de la democracia simplemente con un modelo electoral bastante imperfecto como ocurre en nuestro caso, o como un problema de la conformación de mayorías para definir los asuntos de la cosa pública a propósito de los ideales de turno.

Cuando fueron los propios jueces los que otorgaron sus vidas en aras de la aplicación del derecho, la sociedad colombiana acudió al lamentable espectáculo de una democracia endeble y amenazada que requería de un poder judicial fortalecido y entonces se aprendió a mirar a sus jueces como parte del engranaje fundamental de la institucionalidad.

Pero no ha calado entre nosotros la idea de un juez que contribuye y que hace parte esencial de un modelo democrático de Estado y Sociedad. En efecto, es connatural a la complejidad de las sociedades modernas que existan diversos puntos de vista sobre cuestiones esenciales de la política pública. La Constitución como punto de partida da las herramientas para que a través de procedimientos jurídicos o legislativos se puedan solventar esas diferencias y justamente cuando se recurre al juez constitucional como máxima instancia de interpretación de una Carta se realiza en toda su acepción la idea de democracia moderna.

En efecto, el juez como realizador de la democracia material tiene varias acepciones, entre las cuales conviene recordar que la construcción de este papel judicial viene dado por una función básica que en palabras de los expertos se asume como una función de corrección. El teórico Robert Alexi ha hablado así de un modelo de institucionalidad de la justicia que complementa el trabajo legislativo haciendo corrección de inequidades que son propias de las leyes expedidas por el legislativo. La independencia de los poderes asegura de esta forma que la noción de Estado de Derecho se cumpla por encima de las impresiones que tengan los parlamentos sobre su potestad de dictar las leyes.

Es obvio, ni siquiera la jurisdicción constitucional está ante un orden político completamente acabado, sino que por su propia imperfección debe corregirse a propósito de la realidad que nos rodea defendiendo unos ideales que han sido el legado que deja el constituyente primario

como manifestación de un Estado pretendido por y para la realización democrática. Por esa razón siempre he encontrado adecuadas aquellas decisiones de los tribunales constitucionales que invocan razones históricas cuando se trata de preservar valores para que la convivencia humana resulte digna y se eleve el ser humano a la condición que exige el ordenamiento constitucional.

Los remito a varios ejemplos de lo que ha ocurrido en nuestro medio cuando los jueces constitucionales aceptan el reto de ser realizadores de un orden democrático. Cito aquí lo que ha pasado con la institución de la obediencia debida. Si hubiésemos seguido la letra de la Constitución en esta materia llegaríamos a la conclusión, según la cual en nuestro medio opera para los militares la obediencia ciega que excusa al subordinado de cualquier responsabilidad y sin embargo el juez constitucional ha encontrado que desde la órbita internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y la dignidad humana nuestro ordenamiento constitucional habla a favor de la obediencia debida.

El reciente ejemplo del modelo de salud que por las vicisitudes de integración de los derechos a la economía de mercado llegó al absurdo de una intermediación jurídica casi obligatoria para que se cumpliera con las obligaciones y prestaciones de un servicio fundamental ilustra con lujo de detalles cómo el juez corrige situaciones de desequilibrio no previstas por el legislador o propias del efecto práctico de las leyes. A esta labor de los jueces, académicos de la talla de Ferrajoli les han dedicado buenas páginas entendiendo que los derechos fundamentales de la Constitución expresan una dimensión sustancial de la democracia por oposición a la dimensión política o simplemente formal de ella.

Los derechos fundamentales en virtud de sus características de universalidad, equidad, indisponibilidad, supraordenados a los poderes públicos cumplen una función de democratización de la sociedad.

Así, la relación entre justicia y democracia se ve redimensionada y este es quizá un proceso de aprendizaje que todavía estamos asimilando. El ejercicio del presidencialismo o parlamentarismo fuerte cede ante una Constitución cuya estructura contiene un entramado de derechos fundamentales y unos valores que impregnan toda la interpretación del derecho. Solamente con la Constitución del 91 entramos a considerar a los jueces como un correctivo fundamental de la discrecionalidad política e incluso de la discrecionalidad apabullante de las mayorías

parlamentarias. El costo de esa incompreensión se asimila en el intento de introducir reformas constitucionales en los puntos neurálgicos del funcionamiento del sistema democrático o en la extensión que se pueda dar a los derechos fundamentales.

Como lo exprese en otra oportunidad, los derechos fundamentales en virtud de sus características de universalidad, equidad, indisponibilidad, supraordenados a los poderes públicos cumplen una función de democratización de la sociedad. En otras palabras el sustrato de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución forman un proyecto de convivencia tal y como lo pensaron los cultores de la filosofía política de la ilustración y hoy lo recalcan los cultores del garantismo. Los derechos fundamentales de libertad imponen prohibiciones al legislador, los derechos fundamentales con contenido social imponen mandatos al legislador y de esta forma ambos son sustanciales. La visión que se tiene de la democracia formal resulta así desmentida pues la omnipotencia de las mayorías también se sujeta a reglas que no les deben resultar contingentes sino obligatorias.

Estas cortas apreciaciones me obligan necesariamente a expresar mis ideas en torno al problema de las pretendidas reformas a la Constitución. Ya he manifestado en otro escenario que si existió una preocupación fundamental del Constituyente del 91 fue por cristalizar viejos anhelos en la reforma de la justicia. Ninguna rama del poder público sufrió tantas transformaciones como la rama judicial. En ese contexto los efectos de la nueva estructura judicial se han sentido enormemente en nuestra democracia. Piénsese por ejemplo en un instrumento que ha terminado dándole al ciudadano una visión próxima de justicia cercana como la acción de tutela o las acciones populares. Pensemos también en el robustecimiento de nuestras instituciones para luchar contra la criminalidad organizada con una Fiscalía General de la Nación y pensemos en el significado de lo que se ha ganado en materia de independencia judicial con el autogobierno del Consejo Superior de la Judicatura.

Todas estas instituciones han adquirido supremacía por su origen constitucional y si a ello se le une el entramado de derechos fundamentales es fácil asimilar que el marco de los controles judiciales nos hace dignos de llevar el calificativo de “Estado de Derecho”. Hemos aprendido que el control judicial tiene la misión de asegurar los valores de ese Estado de Derecho aún en las situaciones más excepcionales y eso significa ni más ni menos que si el país puede hablar de un Estado más democrático, más igualitario y si se quiere más humano se le debe en gran parte al trabajo de sus jueces. Por esa razón creo que el país tomó un rumbo acertado con las reformas a la rama judicial que se introdujeron en la Constitución del 91. Es obvio que esa conformación todavía puede mejorarse, pero no a costa de la independencia judicial que tanto nos ha costado ganarla, no a costa de revivir antiguas figuras que hicieron crisis y que tienen probadas sus perversiones, no a costa de avivar viejas rencillas superadas ya hace poco más de 17 años.

Don Andrés Bello, el gran cultor de la cultura hispanoamericana, habló del valor de la Constitución para un pueblo. En su sabiduría recordaba que las instituciones se forman y se transforman tomando lo mejor de ellas y desechando lo que no encuadre dentro de las virtudes que pretende una república. Por eso entendía que las reformas constitucionales no podían ser sino el producto de un estudio profundo y decantado de conveniencias, y no el simple cambio de normas en contra de años de cimentación política y cultural que le dan alma a un pueblo.

No hay que temer las reformas si estas preservan lo esencial y están dispuestas para mejorar. Esto es esencial frente al problema de la separación de los poderes públicos. Si hasta aquí hemos podido tener una convivencia entre las tres ramas que parte de una arquitectura fundamentada en el respeto a las funciones que la Constitución les asigna, no podemos tomar la senda que nos lleve, de pronto, a descuadrar el país, como decía un ilustre ex Presidente.



Altas Cortes, lucha contra la criminalidad organizada y corrupción política



JAVIER CIURLIZZA CONTRERAS
DIRECTOR CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL - COLOMBIA

En el mundo jurídico, siguiendo a Bourdieu, se da una lucha entre diversas agencias políticas para monopolizar los que es Derecho, es decir, para determinar quién impone las reglas que implica el orden (nomos). Sólo cuando se es plenamente consciente que existe esa lucha, es que podemos entender lo que significa la autonomía del derecho, que siempre es relativa. La autonomía absoluta del Derecho es una quimera que sólo tiene lugar en el pensamiento positivista más anquilosado.

El pensamiento positivista del derecho genera la percepción que una decisión jurídica, debidamente fundamentada, explica suficientemente el cambio social y político o la mantención del orden. Ignorar que esta decisión jurídica tiene consecuencias sociales, lleva al enrevesado lenguaje judicial que aleja al profano de la lengua de los profesionales.

La historia social de las normas nos muestra que existe un lenguaje jurídico dominante, pero que juega en dialéctica con otros lenguajes subordinados. A veces, como ocurrió históricamente con los sindicatos, los lenguajes dominados pueden pasar a ser dominadores, o al menos cuestionar el orden de tal manera que la legitimidad de las normas pasa por el reconocimiento de sus intereses.

Los jurisperitos piensan que la lógica de sus decisiones debiera bastar para imponer la lógica social. Desconocen que las luchas sociales son las que generan determinadas coaliciones o concertaciones

que explican el sistema jurídico. Por ello, contemporáneamente, los juristas se han ido acercando notablemente a las consideraciones de los conflictos sociales. Lo que no ocurre con tanta frecuencia es que los juristas reconozcan que los conflictos no son sólo sociales, sino fundamentalmente normativos. Allí está la importancia de decir derecho.

En las democracias modernas, de esas que Habermas enaltece en su discurso de espacio público, la división de poderes constituye la manera en que los conflictos no “llevan la sangre al río”. La caja de Pandora que representa la norma instituye en la práctica una solución moral a un dilema político. Pero las agencias que se dividen el trabajo normativo van a estar inevitablemente en conflicto. El Gobierno propenderá a exigir ciertos valores detrás de las normas, como la seguridad y la inmediatez. El juez buscará que la interpretación de dicha norma responda a principios objetivos de imparcialidad, de esa que Rawls llamaba justicia objetiva.

Criminalidad organizada y derecho

En todas las sociedades, desarrolladas o no, existe el delito y el crimen. Se les consideran distorsiones de una condición normal de los individuos, es decir, acatar la ley. Si asumimos que la ley es justa, o tiene el potencial de serlo, y además que el sistema que la dicta es democrático, o aspira a serlo, entonces las cuestiones de incumplimiento de la Ley se tratan a través de la supresión de las distorsiones, sea a través del desconocimiento de las consecuencias jurídicas de



© Germán Gómez Rojas

los actos (anulabilidad o nulidad plena) o mediante la imposición de sanciones, incluyendo la privación de derechos.

El problema surge cuando los agentes que emiten las normas exceden las reglas básicas democráticas, o lo hacen incumpliendo normas morales mínimas. Cuando el gobernante hace un uso indebido de su cargo para beneficio personal o de grupo, cuando el legislador vende su voto por una prebenda personal, o cuando el juez prevarica en función de un interés pecuniario inmediato. Estas anomalías, que, nuevamente, existen en todas partes del mundo, se vuelven complejas cuando afectan a una parte sustancial de los integrantes de la comunidad o la agenda. La competencia entre quienes deben decir derecho se vuelve hostil e impracticable, pues las lógicas de las agencias se alteran.

Cuando Fernando Collor de Mello es sometido a proceso político y destituido del cargo en 1992, la sociedad brasilera consideró como fundamental el conflicto ético de su Presidente. De igual manera, el descubriendo del entramado corrupto del ex Presidente Fujimori, derivado del descubrimiento de los vladivideos, generó una eclosión política y social que debilitó a los poderes fácticos y posibilitó una transición democrática, aún inconclusa. En muchos otros países —Leandro Despouy mencionaba los casos de Italia y Ecuador— las crisis de legitimidad afectan al sistema político en su conjunto.

El sistema jurídico se asume como aparato, vale decir, como un complejo de normas, procedimientos y órganos de aplicación que responden a lógicas jurígenas o jurídico formales. El problema reside cuando existen factores que distorsionan el proceso de creación normativa, al punto que la generalidad — que es la finalidad de la norma jurídica — se particulariza en el interés personal.

Corrupción política

Un factor de esos, complejo, es lo que denominamos la corrupción política. Este fenómeno rompe lo que Bourdieu denomina los tres elementos de la validez y legitimidad de la norma jurídica: neutralidad, universalidad y autonomía. Es decir, que la norma se emite en función de intereses que trascienden al emisor, que éste lo hace en un lenguaje tal que aleja cualquier aplicación particular y que el proceso que lo sostiene se basa en reglas objetivas. En el acto corrupto, el agente se vuelve parcial, particular y dependiente. Lo que emite el agente corrupto, el fruto del veneno, no puede ser reconocido como norma jurídica válida. Esa norma carece de sentido jurídico.

El utilitarismo liberal de John Stuart Mill, base filosófica de lo que podemos llamar democracia liberal, nos dice que la única restricción legítima o ética a los individuos que el Estado puede imponer es aquella que está destinada a impedir el daño de otros individuos.



© Einert Armando Zuleta

La memoria respecto a los crímenes atroces se vuelve memoria sólo cuando logra comunicarse y la sociedad de apropia de ella.

Retomando la brillante disertación que nos presentó el Presidente de la Corte Suprema, Ronald Dworkin nos dice que la tolerancia liberal tiene un límite adicional. No se trata sólo de que los individuos se puedan hacer daño unos a otros, sino de que el Estado les haga daño y que el Estado se haga daño a sí mismo.

De los daños de individuo a individuo se encarga el derecho restaurando las relaciones sociales u ordenando compensaciones de individuo a individuo. De los daños que el Estado puede causar al individuo, se encarga la teoría de los derechos humanos, ampliamente debatida

con ocasión del encuentro décimo de la jurisdicción ordinaria, en el que tuve el honor de participar. Pero, ¿qué pasa cuando el Estado se hace daño a sí mismo?

Precisamente la corrupción política genera un daño al Estado que puede ser de proporciones razonables. Algunos, como Rorty, hablan de la “corruptela aceptable”. Pero es muy distinta la situación cuando la criminalidad que provoca la corrupción es organizada, cuando los delitos dejan de ser eventos aislados e inconexos y forman un patrón de conducta, cuando la perversión del agente político se vuelve norma y la honestidad excepción.

Para Rorty, la calidad de la democracia implica, como lo señaló el doctor Ricaurte citando a Dworkin, la posibilidad activa del disenso. Yo me permito agregar a ese razonamiento que la calidad de la democracia implica también el establecimiento de mecanismos preventivos del colapso del sistema político, de la corrupción del aparato jurídico.

Pero la corrupción no sólo genera un daño al Estado y al sistema jurídico. Implica un daño social que puede ser inmenso, al punto de

privar a una sociedad de las posibilidades de desarrollo y de sustraer preciosos recursos para combatir la pobreza. La ilegitimidad que conlleva la corrupción política es inmensa. Puede ser real o percibida, o ambas cosas, pero es en nombre de la frustración social que genera la corrupción que en América Latina cambiamos de Presidentes, de Congresos, de Cortes Supremas, con una habilidad y frecuencia penosa. Las reglas democráticas son llevadas a su límite cuando los agentes operadores de su legitimidad confrontan en el terreno político temas y principios que debieran ser materia de juicios de ponderación, al decir de la escuela española más reciente.

La criminalidad organizada corroe al Estado y a las sociedades. Impide que las decisiones sociales estén libres de prejuicios. Las instituciones públicas pueden sobrevivir como cascarones vacíos, pero van cayendo uno por uno los límites que permiten hacer vibrar la libertad individual. El Perú aprendió la lección duramente cuando una a una fueron capturadas todas las instituciones públicas en beneficio de una mafia organizada. Las dictaduras son odiosas, y las más de las veces se generan por una concentración súbita del poder. Hay que tener cuidado, sin embargo, de no denostar al Poder Ejecutivo como la única fuente de los males autoritarios, pues los congresos e incluso las cortes pueden cohonestar un estado de cosas e incluso impulsar una conflagración más allá de la asignación racional de competencias.

Relevancia de la justicia transicional

La corrupción política y la criminalidad organizada están asociadas intensamente a procesos de justicia transicional. Tradicionalmente, nos hemos limitado a pensar que por justicia transicional se establecen mecanismos para asegurar los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación de un determinado número de víctimas. Eso es verdad, pero limitar nuestro entendimiento de la justicia transicional a la creación de comisiones o procedimientos especiales, es una visión más bien limitada e incompleta de las posibilidades que la justicia transicional nos puede ofrecer

En realidad, la justicia transicional es una manera de entender a la justicia desde una mirada excepcional debido solamente a las circunstancias que rodean su aplicación. No es cierto, dicho de manera muy simple, que la justicia transicional provoque la renuncia de algún valor en beneficio del otro. La justicia transicional, tal y como lo demuestran las experiencias de muchos países, es una manera de entender la democracia liberal en donde los derechos de las víctimas están estrechamente asociados a la calidad de las instituciones públicas. El fin último de la justicia transicional, es procurar que, en circunstancias muy particulares, el resultado del proceso (verdad—justicia—reparación) implique garantías de no repetición. Sólo el Estado de Derecho puede procurar esa solución, vale decir, la fortaleza y dicho de manera conjunta, la legitimidad de sus instituciones.

No podemos, por tanto, limitar el alcance de la justicia transicional a un universo limitado de personas. Por cierto que las víctimas de crímenes atroces, como aquellos que en Colombia son materia de los

procedimientos establecidos en la Ley 975, tienen el derecho de recibir plena atención. Pero la sociedad liberal no hace eso sólo porque es necesario atender un grupo de personas, lo hace porque emite el juicio kantiano extremo: la legitimidad de una política por el beneficio del Estado de Derecho. Es decir, atendemos a las víctimas porque debemos hacerlo, pero también porque nos conviene a todos hacerlo.

Del mismo modo, las vallas que colocamos para prevenir la corrupción política tienen que ver con prevenir el saqueo del Estado o la adopción de decisiones parciales y particulares, y también con la protección de los derechos individuales. La conducta corrupta es impermisible porque el Estado de Derecho se quiebra al tolerarla. Cuando esta corrupción política se articula con violaciones graves de los derechos humanos, la justicia transicional parece tener mucho que decir. Al menos en cuatro aspectos esenciales.

Sin un poder judicial independiente, no hay espacio público, no hay legitimidad, ni control. Todos y cada uno debemos contribuir a que esto sea posible.

El primero es el derecho a la verdad y a la memoria de una sociedad con respecto a las causas y consecuencias de la corrupción política y la criminalidad organizada. No basta que los medios de comunicación nos cuenten la historia. Es precisa una verdad oficial. Esta se obtiene o bien a través de mecanismos de investigación no oficial —como una comisión de la verdad o un grupo de estudio— o bien a través de decisiones judiciales en donde se establece la base fáctica a partir del cual la sociedad percibe esto como un problema. El problema de la verdad oficial no es sólo cómo encontrarla, sino también —y quizás más dramático— de cómo comunicarla. Aquí volvemos al dilema comunicativo de Habermas. Si no creamos un lenguaje común en la sociedad, las instituciones públicas crearán estructuras vacías. La memoria respecto a los crímenes atroces se vuelve memoria sólo cuando logra comunicarse y la sociedad de apropia de ella.

La segunda dimensión transicional frente a la corrupción política es el de la justicia. Esta no sólo se refiere a la judicialización que en materia penal se lleva a cabo para sancionar los actos corruptos, sino a aquellos procesos destinados a sancionar la pertenencia a las redes en las que se genera y reproduce la corrupción. Estos procesos se vuelven aún más complejos cuando se dirigen contra personas que se encuentran protegidas por reglas de inmunidad o de fuero especial, tal como ha sido el caso de varios de los procesos de la denominada “parapolítica”.

Aquí hago una digresión necesaria para comentar brevemente la sentencia C-545-08 referida a las reglas de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso. Considero que la Corte Constitucional acierta y actúa con prudencia frente a un tema potencialmente delicado, referido a la atribución que hace la Carta Política colombiana a la Corte Suprema de Justicia conforme a la atribución tercera del artículo 235, preservada después del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se introduce el modelo acusatorio al régimen procesal penal en Colombia. La Corte Constitucional precisa claramente que no encuentra vulneración a derechos fundamentales en el modelo mixto preservado para este tipo de juzgamiento, pero que recomienda al Congreso la adopción de legislación que permita separar, al interior del mismo órgano, las funciones de investigación y de juzgamiento. Señala, finalmente, que no se puede deducir de esta sentencia aplicación retroactiva o invocación al principio de favorabilidad, teniendo en cuenta que la norma de referencia tiene como característica la de ser meramente instrumental.

Esta sentencia valida las decisiones judiciales adoptadas hasta el momento por la Corte Suprema y cierra la posibilidad de que, vía de acción constitucional, se pueda cuestionar los procesos seguidos hasta ahora. Será preciso, sin embargo, como ocurre en países como México y Perú, que al interior de la Corte Suprema se de la separación efectiva de las funciones, pero para hechos delictivos ocurridos con posterioridad al 29 de mayo de 2008.

La sociedad colombiana ha tenido y tiene que lidiar con un pasado doloroso, enfrentado, sangriento. Más de 130000 víctimas esperan los avances de la Ley de Justicia y Paz y tener la oportunidad de saber que pasó. Los procesos de la denominada parapolítica contribuyen a esa verdad.

La tercera dimensión es el de la restitución y la reparación. Los actos derivados de la criminalidad compleja generan víctimas directas que adquieren, por el mero hecho de ser víctimas, el derecho a ser reparada in integrum, o, si eso no fuera posible, a obtener una indemnización. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elucidado los alcances de lo que es una reparación integral y diversos países han desarrollado normas específicas al respecto. En Colombia, se discute en la Cámara de Representantes un proyecto de ley sobre atención y protección a las víctimas de la violencia que puede servir de base referencial de esta dimensión. Sin perjuicio de ellos, sólo quiero agregar aquí dos ideas sobre la dimensión reparadora de la

justicia transicional. Primero, que ésta tiene sentido si se deriva del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, pues caso contrario se le confunde con acciones humanitarias o prestaciones sociales. Segundo, que el financiamiento de las reparaciones corresponde primordialmente al Estado, pero se pueden usar mecanismos creativos que permitan, por ejemplo, usar los bienes restituidos como parte de fondos especiales o recurrir al canje de deuda externa por inversión en las víctimas. Pero lo central aquí, nuevamente, es no desvincular los procesos seguidos contra los corruptos de aquellos referidos a los derechos humanos.

La cuarta es la de las reformas institucionales.

En medio de estas cuatro dimensiones de la justicia transicional, se ubican las víctimas no sólo de las violaciones de los derechos humanos sino de las causas profundas de estas violaciones. A las explicaciones estructurales, se suman sin duda alguna la corrupción de la acción pública, la criminalidad organizada y la distorsión de la política. Cuando estos hechos son tomados en su totalidad, encontramos entonces que las labores de los jueces se vuelven complejas. Aquí hay dos tentaciones: una es aislar la violación y explicarla solamente dentro de los cánones del derecho penal. La otra es procesar el acto corrupto dentro de los denominados delitos o crímenes económicos, o contra el patrimonio público. En realidad, cuando el crimen está asociado a un patrón, estamos frente a lo que la teoría penal moderna denomina crímenes de sistema. Responden a un aparato militar, pero también social, cultural y político. Tenemos que acudir a categorías distintas a la mera tipicidad para comprenderlos. Absolver los procesos sólo por una de sus dos vertientes (sólo como violaciones de derechos o sólo como actos administrativos) impedirá al juez comprender el profundo contexto que implica la criminalidad.

En búsqueda de una respuesta sistemática del estado

Pareciera ser que frente a los crímenes de sistema se requiere una respuesta sistemática del Estado. El restablecimiento de la justicia tiene que ver con la cooperación de las instituciones públicas y la percepción de la ciudadanía sobre la eficacia de su Estado.

El juez tiene un papel central, pero no único en esta tarea. Romper el nudo gordiano de la corrupción demanda mucho más que la acumulación de procesos. Requiere la concertación política con el Ejecutivo y la creación de marcos normativos eficientes. Requiere el desarrollo de mecanismos eficaces y la asignación de presupuestos suficientes. Pero ciertamente requiere que los jueces se sientan autónomos, neutros e imparciales en sus decisiones. Sin un poder judicial independiente, no hay espacio público, no hay legitimidad, ni control. Todos y cada uno debemos contribuir a que esto sea posible.

El Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, expresa su profunda admiración por la solidez y persistencia de la democracia colombiana. Ha sabido sobrevivir los momentos más difíciles y ha logrado construir instituciones públicas que sirven de ejemplo en



© Guillermo Torres

el continente. Al mismo tiempo, la sociedad colombiana ha tenido y tiene que lidiar con un pasado doloroso, enfrentado, sangriento. Más de 130000 víctimas esperan los avances de la Ley de Justicia y Paz y tener la oportunidad de saber que pasó. Los procesos de la denominada parapolítica contribuyen a esa verdad, pero debe estar más asociada a las víctimas, más cerca de la sociedad, más comunicada y mejor entendida. No nos toca decir cual es la mejor decisión operativa para hacerlo, pero estamos dispuestos a apoyar a esta Corte Suprema y a

toda institución pública, para ser creativos en soluciones que devuelvan el debate adonde debe estar: en la supremacía del derecho, en la afirmación de los derechos individuales, en el reconocimiento de los conflictos como parte actuante de la sociedad, pero, hoy sobretodo, en el aplauso internacional que hacemos a una Rama Judicial que demuestra una voluntad indeclinable por servir a su sociedad. Sabemos que es difícil y que el cielo está lleno de nubes, pero encontramos hombre y mujeres valientes en la judicatura colombiana. Eso nos llena de esperanza.

Riesgos y garantías de la justicia en la democracia



EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS
MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“Una democracia sin aquella autolimitación que represente el principio de la legalidad se destruye”

Kelsen

En las siguientes líneas, la reflexión sobre Justicia y Democracia a la que convoca la Corte Suprema de Justicia, con la orientación de nuestro Presidente, para cuando la Jurisdicción Ordinaria se encuentra consigo misma, como hoy lo hace en la Ciudad Heroica, es sobre cómo la justicia es garantía de la democracia, pero también riesgo para ella.

La democracia es la ciencia de administrar poder, como droga requerida para superar la anarquía de la sociedad, que sólo se puede suministrar en dosis limitadas, controlando los efectos que genera: adicción progresiva, propensión a la megalomanía, un patrón de comportamiento proclive a desconocer límites para sí y, del otro, el valor de su existencia.

La sociedad que cifra la esperanza en la autocontención del poder por quien lo detenta en cualquier ámbito, es frágil y vulnerable; las Constituciones rezuman cautela, son pródigas en advertencias y restricciones cuando erige fuentes de poder, siempre cuidadas con diques que eviten su desbordamiento.

1. No hay democracia sin separación de poderes

El mecanismo universal para entronizar la democracia ha sido el de despersonalizar el poder en el derecho¹, para luego dividirlo entre varios detentadores que actúen separadamente: unos que lo conciban y otros que lo ejecuten; esta fórmula significó un avance respecto al poder encarnado en el monarca que se declaraba por encima de la ley; luego, por el empuje de la Ilustración, atemperó sus aspiraciones a estar bajo la ley pero sin renunciar, en casos, a estar por encima de ella; el equilibrio era el del *rex infra et supra legem*; para el siglo XVIII aquel diseño era suficiente; los límites trazados eran claros, y los convidados a la repartición eran los que representaban factores reales de poder, el monarca y la nobleza; el juez no fue convocado pues su función era menor y secundaria; es un lugar común de la sabiduría popular atribuirle paternidad a Montesquieu de la tridivisión del poder pese a que hizo méritos suficientes para no merecerla, pues concebía a la administración de justicia como poder nulo, y cuyo destino era el de cumplir un papel invisible.

Este diseño correspondía a la época en que se profesaba fe en el positivismo jurídico, la que se desmoronó en la medida en que se desvanecía la confianza epistemológica con todo lo que tuviera que ver con verdades absolutas, con imperativos categóricos, certezas infalibles; hace más de un siglo hizo crisis todo lo absoluto, el tiempo y el espacio en la ciencia, e hizo agua lo que Weber resaltaba del Derecho, la extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus

¹ “Una democracia sin aquella autolimitación que represente el principio de la legalidad se destruye”, como lo advierte Kelsen en su *Teoría General del derecho*,



© Camilo Herrera Mendoza

determinaciones; aparecieron las zonas indeterminadas en la física, y la incertidumbre se extendió a la capacidad universal de previsión del legislador, ahora puesta en duda; las nuevas certezas se desplazaron de la lógica a la retórica; a partir de entonces, la garantía contra los excesos del poder no logra enteramente ofrecerla el derecho positivo, el de la Constitución y de la ley, sino también la lectura argumentada que de esos textos hacen los jueces; aquí es cuando ellos entran en la historia como protagonistas, dejan de ser los convidados de piedra en la distribución de poder y la tridivisión adquiere su verdadero sentido.

Los jueces, al tiempo que tienen un ámbito natural para ejercer su función jurisdiccional, son como todos los seres humanos, propensos a la epidemia del poder: traspasar fronteras institucionales, fenómeno que hace parte de lo que la literatura política llama “poder de los jueces”.

Entre nosotros el fenómeno irrumpió en el contexto de la Constitución Política de 1991, que precipitó la actualización de la concepción del derecho, abocando a varias generaciones de abogados a asumir el papel de creadores de derecho desde la judicatura, pese a que fueron formados en la escuela clásica devota de la separación rotunda entre la creación y la aplicación de la ley; les tocó saltar desde las alturas sin contar con los implementos necesarios para realizar el descenso

a tierra controladamente; quienes excomulgaban al juez legislador, fueron los mismos que pasaron a ser quienes fungieron como creadores del derecho, con la energía de los conversos, y con enormes riesgos para la democracia.

Sustituir los dictados populares, vertidos en la Constitución o en la ley, son, sin duda, prácticas antidemocráticas; no las salva el que se ejerzan en nombre de la sabiduría o de la moral, o del progreso; hay decisiones que sólo conciernen a toda la sociedad; así, por ejemplo, las comunidades se definen por sus sentimientos respecto a la concepción sobre la vida y la muerte; no puede un consejo de sabios o de hombres probos dictar las reglas sobre el aborto o la eutanasia; no es por mera coincidencia que los primeros países que han adoptado legislaciones permisivas en estas materias, lo han hecho sólo por la autoridad del pueblo al que han consultado; y así es porque existe democracia en la medida en que sean más amplios los consensos sobre los valores éticos de la sociedad.

El peligro que se cierne sobre la democracia bajo ciertos diseños de la jurisdicción constitucional no proviene sólo del interior del poder judicial; cuando los tribunales constitucionales no gozan de la autonomía que usualmente se le concede a otras altas corporaciones para la designación de sus miembros, el poder se traslada a quien tiene el capacidad real de determinar la elección de sus integrantes, y así,

por este camino, la tridivisión del poder queda en latente estado de disponibilidad, pendiendo sobre ella una licencia discrecional para borrar temporalmente los límites entre las ramas del poder público.

La justicia es democrática si realiza el sueño de la democracia: hacer cierta la igualdad no sólo de tratamiento sino también de oportunidades.

2. No existe democracia sin ciudadanos

El valor moral de la democracia, que radica en que el pueblo se obedece a sí mismo —expresión de Rousseau—, fue suficiente para validar el orden político; en las democracias liberales cundía satisfacción con la declaración formal de derechos, mecanismo universal para contener el poder del gobernante; pero la autolegislación no fue bastante, y luego debió justificarse con las realidades alcanzadas; si antes bastaba declarar que los ciudadanos fueran iguales en sus derechos civiles y políticos, ahora el Estado debe ser Social; la democracia se justifica si promueve efectivamente la igualdad social, como expresión válida de lo que el pueblo quiere, pues lo que más le conviene es lo que a todos beneficia por igual².

El sueño de la humanidad de una sociedad entre iguales nunca ha sido profundo ni tranquilo; siglo a siglo ha sido perturbado por los gritos de libertad; por la devoción libertaria se abandonó el individuo a su propia suerte, engendrando sociedades enormemente desiguales, de las cuales, la sociedad de Colombia es un triste ejemplo universal.

La igualdad en el papel, cumplida con la impresión editorial de la Constitución Política, tambaleó desde los años cuarenta del siglo anterior, en las sociedades europeas que aleccionadas por los horrores y miserias de la guerra, vieron de golpe la avaricia superlativa con que la democracia se había desempeñado para lograr sociedades más iguales; se hacía indispensable saltar de unos derechos civiles y políticos, a unos derechos que fueran realidad, y que no sólo fueran ellos sino también económicos sociales y culturales.

Y la democracia floreció en la forma de los Estados Providencia. Y fueron treinta sus años gloriosos.

² Rousseau proclama: El pacto social establece entre los ciudadanos tal igualdad que todos se obligan en las mismas condiciones y deben gozar todos de los mismos derechos. Así por naturaleza del pacto, todo acto de soberanía, todo acto auténtico de voluntad general obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos. Rousseau, opus cit., Pág. 17

Hoy la democracia se legitima si se orienta a garantizar los derechos que se han erigido como fundamentales para vivir condignamente la condición de personas; como lo afirma Touraine: Estas tres dimensiones de la democracia: respeto de los derechos fundamentales, ciudadanía y representatividad de los dirigentes, se complementan, es su interdependencia la que constituye la democracia³.

Aquí, en este escenario, es el que hace su entrada el nuevo juez que ya referimos, y para realizar un papel sobresaliente en la “performance” de la democracia, para hacer de ésta un gobierno para el pueblo.

El derecho internacional ha acuñado un término que todavía no ha recibido la bendición de nuestros académicos de la lengua: el de la justiciabilidad, que revela de un solo golpe el papel que cumple la justicia como legitimadora de la democracia; los derechos son justiciables si un juez puede imponer su realización; por su virtud la eficacia de estos dejaron de ser un adjetivo, y se convirtieron en sustancia del derecho.

La justicia es democrática si realiza el sueño de la democracia; hacer cierta la igualdad no solo de tratamiento sino también de oportunidades; los jueces en Argentina hicieron valer los derechos de la comunidad mapuche de Paynemil obrando como garantes de que se les proporcione agua potable libre de plomo y mercurio⁴; los jueces federales en EE.UU. fueron los adalides de la lucha contra la discriminación racial; los jueces españoles al declarar la nulidad radical de los despidos con motivos antisindicales afirmaron los derechos de los trabajadores⁵; en Colombia los jueces constitucionales, ordinarios, administrativos, se echaron al hombro la realización del Estado Social que se plasmó en la Constitución a finales del siglo XX.

El riesgo para la democracia es que se sustraiga del amparo de los jueces a los ciudadanos, la consagración de ciudadanos de quinta, sin derechos, aquellos que quedan cobijados por las nuevas formas de asistencia social, ahora bajo el título de protección social, y escombros del Estado Providencia, con mercedes no justiciables, libremente incluidos o excluidos de listados que dan derecho a las madres, a los ancianos indigentes, a los enfermos, a los desplazados, de ser subvencionados.

3. No existe democracia sin el respeto al primado del legislador

Pero justo aquí, cuando se promete realizar la democracia, se debe advertir que la democracia corre peligro; la intervención de la justicia

³ Touraine, A., Qué es la democracia, México, Fondo de Económico de Cultura, 2006. O, en los términos de Esteban Molina “La legitimidad de la democracia es inseparable de la Institución de los derechos humanos”. Molina, E., Prólogo a la Incertidumbre de la Democrática de Clause Lefort, Barcelona, Anthropos, 2004, Pág. XXXI.

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Argentina. 19 de mayo de 1997.

⁵ TSC de España, sentencia 038 de 1981.

para la democracia no está exenta de riesgos; el sólo planteamiento de una justicia democrática la acerca al borde del abismo, el que le significa el contacto indiscriminado de los jueces con la realización de objetivos de naturaleza política; Washington así lo prevenía: “Cuando la política entra por la puerta, la Justicia salta por la ventana”.

Pero esta admonición rotunda debe ser repensada pues fue formulada respecto al juez *bouche de lois*⁶ la cual tiene que ser matizada respecto al juez de ahora, el que recibe la ley como obra inacabada y abierta, que adquiere su total significado por la labor interpretativa del juez demiurgo, sobre cuyos hombros descansa la confianza que antes se depositaba en la ley.

La legalidad no es per se fuente de legitimidad; no en vano, a los mandatos del legislador, como acontece, a guisa de ejemplo, con los Estatutos que regulan el derecho laboral y el de la seguridad social, los precede una manifestación de principios, bajo los cuales deben ser leídos y enderezados los mandatos normativos; es aquí donde el juez acude en auxilio de la ley, que se reconoce a sí misma con limitaciones de alcanzar un diseño cabal de la juridicidad de la sociedad desde la mera generalidad, pues advierte que el sentido pleno se alcanza en el complejo mundo de lo concreto en el tránsito al caso particular, y es allí donde se hace indispensable la mano de los jueces; es el legislador que tiene que confiar en los jueces la terminación de su obra.

Los jueces juzgan intereses que se entrecruzan complejamente, y los han de resolver sin prescindir de ninguno de los valores relevantes en juego, ponderados a la luz de las respectivas políticas públicas, en el marco de las normas en que aquellas adquieren una primera forma, sobre la que el juez moldea su decisión; ha de ser un todo coherente, un discurso predecible, en que no quepan argumentos comodines usados a voluntad, con capacidad para suplantar a autoridades que representen a las mayorías.

El juez que conserva sus fueros se reconoce por su discurso fiel a la esencia de lo jurídico; las premisas, argumentos y conclusiones de una providencia judicial deben estar trenzados con hilos normativos, sin los cuales no es posible cumplir la condición constitucional de la labor judicial, la del sometimiento del juez al derecho; las decisiones *legibus solutus* son un atentado contra la democracia.

Los jueces han de ser responsables, y tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones que, tratándose de derechos como los que se disciernen en la jurisdicción laboral y de la seguridad social, trascienden las del escenario retratado en el expediente; no se trata de la polémica del “consecuencialismo” propia de controversias patrimoniales sobre si los jueces deben parar mientes o no frente a

⁶ Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*, afirma: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”, *Orbis*, 1972, pag 149

los resultados económicos de sus sentencias; de lo que se trata es de juzgar desde la perspectiva que corresponde a los derechos sociales, con la racionalidad propia de las categorías de derechos de grupo, pues a todos les es inherente una dimensión colectiva, aun cuando tomen la forma de una prestación individual.

No se puede resolver con el rasero del conflicto individual lo que repercute en la colectividad, ya porque igual derecho ha de extenderse a los demás del grupo, ora porque agotan recursos en desmedro de los que siguen después, afectando el equilibrio del sistema que por desquiciamiento termina siendo reemplazado por el de las preferencias del juzgador, con grave afectación de la justicia que deja de serlo cuando se agota con los que primero llegan, sin consideración con los que quedan por puertas.

Ciertamente el juez debe ser más activo, pero ¿cómo el activismo judicial debe evitar convertirse en ariete contra la democracia?

Aquella admonición de Washington debe ser repensada para no ser olvidada; el reto es que a la largueza con que la sociedad inviste de poder al juez, este debe responder con severa cautela para evitar sobrepasar los límites de la función judicial, y extremar su sentido autocrítico para eliminar cualquier relajamiento del rigor con que se debe someter al derecho, cualquier condescendencia con la propensión a faltar con el respeto al primado del legislador, y que le haga inmune a la seducción del poder, con el que se vacune de la enfermedades de la democracia, las que se detectan a través de múltiples síndromes.

Sustituir los dictados populares, vertidos en la Constitución o en la ley, son, sin duda, prácticas antidemocráticas; no las salva el que se ejerzan en nombre de la sabiduría o de la moral, o del progreso; hay decisiones que sólo conciernen a toda la sociedad.

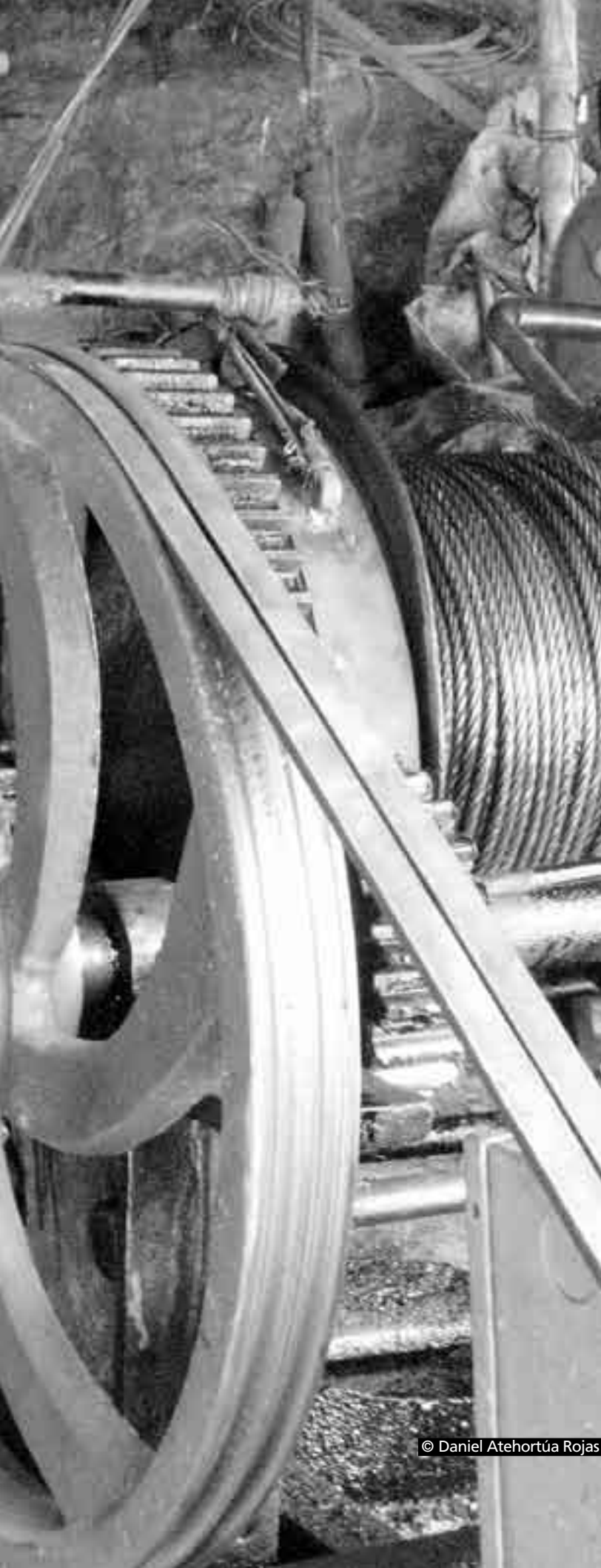
4. Los síndromes

Síndrome de Atlas

La legitimación de la democracia es una tarea inacabada; es todavía largo el trecho que se ha de recorrer para que el carácter democrático impere en todas las actuaciones de mérito en nuestra sociedad, para que ella sea una realidad sólida, la que sólo se alcanza cuando sus instituciones estén enraizadas en una organización en la que sus ciudadanos gocen de todos los derechos fundamentales.

Es una formidable tarea para todas las autoridades, y para cada una de ellas de manera prioritaria; es el gran empeño de toda la sociedad,





en la que cada quien ha de cumplir lo suyo, unos estableciendo las políticas y directrices, otros cumpliéndolas y los jueces ofreciendo luces en especial, a partir de la resolución de los casos difíciles y oscuros.

Ninguno puede con la pesada carga de echarse el mundo a sus espaldas; difícilmente pudo con ella un gigante como Atlas, que no hubiera vivido aplastado si ese no fuera su destino: el cumplir la condena impuesta por los dioses.

El activismo judicial reclamó como tarea para los jueces el asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, con una nota salida de cauce institucional: que en esa labor los jueces tenían prioridad sobre el legislador y la administración, como paladinamente, en algún tiempo lo proclamó la Corte Constitucional⁷; los derechos fundamentales no pueden servir de pretexto para que el juez renuncie a ese su papel natural de obrar como garantía de cumplimiento de la normas y exigir que las autoridades cumplan lo a que ellas les ha sido asignado, pero no asumir las funciones que a otras compete, desplazándolas en su deber. Ilustrativo lo que ha ocurrido en materia de la seguridad social en salud; el empuje de los jueces en resolver la dejadez de las redes de salud, los llevó a ir más allá de administrar las normas, a gestionar la prestación del servicio, creando un estado de cosas del que no es fácil encontrar un retorno para el escenario en el que el servicio público funcione de ordinario en el que los administradores y la superintendentes cumplan su papel sin que tenga el paciente que acudir rutinariamente al juez⁸.

Síndrome de Licurgo

El peligro de que alguien investido de poder quede en posición de avasallar a sus pares, conjurado siglos atrás, sometiendo a todos al poder impersonal de las normas jurídicas, revive con otros actores y del brazo de la nueva concepción de lo que deben ser las autoridades que ejercer la jurisdicción – dictio; surgieron los jueces de la estirpe de Licurgo, con arrestos para asumir el reto de organizar la sociedad bajo un nuevo orden; hablo de los jueces practicantes del libre

⁷ La Corte Constitucional, en la sentencia T-406 de 1992, así proclamó la nueva estrategia para el logro de la eficacia de los derechos: otorgarle de manera prioritaria al juez, y no a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

⁸ Como lo advierten Abramovich y Courtis: Ciertamente el Poder Judicial por sus características institucionales y por el lugar que ocupa en la distribución de funciones dentro del Estado, no está llamado a ser el principal protagonista a la hora de hacer efectivos de los derechos económicos, sociales y culturales, tarea que corresponde primariamente a los denominados poderes políticos. Sin embargo, resulta provocado adecuadamente puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos –Victor Abramovich y Cristian Courtis, Madrid, Editorial Trotta, 2002, Pág. 118) .

El empuje de los jueces en resolver la dejadez de las redes de salud los llevó a ir más allá de administrar las normas, a gestionar la prestación del servicio, creando un estado de cosas del que no es fácil encontrar un retorno para el escenario en el que el servicio público funcione.

examen de la Constitución, que la reconocen como única fuente de autoridad, y con facultades para rehacer los dictados del legislador, o aún sin contemplaciones, prescindir de sus mandatos; y también de aquellos jueces que se auto ascendieron de custodios a regentes de la Constitución, para hablar por ella como de un menor que no supo bien expresarse.

La sujeción al orden jurídico es un deber integral, pues es respecto a una unidad coherente; se hace del respeto una burla si se desmiembra esa totalidad, aunque lo sea en nombre de los mandatos constitucionales, y se distorsiona la valía de la norma superior, si se les hace operar para algo diverso a orientar la producción y aplicación de las leyes, y a expulsar del ordenamiento las que se le opongan, como cuando se pretexta para arrasar desarrollos legislativos, recientes o centenarios, cuya exequibilidad está por fuera de discusión, bajo el ardor de olvidarlos, desconocerlos, o pregonando un entendimiento que viola la tolerancia semántica del texto.

La expedición de la Carta Política de 1991 fue un capítulo más de un libro que escriben las generaciones desde que se fundó la República, y no la declaración de tabula rasa de nuestro pasado jurídico; en ella se funden, formando un solo cuerpo, las leyes y códigos existentes, que si son constitucionales se han de entender como la elección tomada por el legislador para desarrollar sus mandatos intemporales, y parte imprescindible para una cabal interpretación del orden jurídico; no existe un estado general de omisión legislativa que sirva de pábulo a la creación de derecho por parte del juez a partir de la Constitución, ni esta instituyó un estado de primitivismo constitucional que requiriera de un juez Licurgo⁹ y ¹⁰.

⁹ La tesis de la Corte Constitucional de la carencia de Estatuto del Trabajo una consecuencia inmediata: la de ampliar sus atribuciones; en concordancia con lo que la misma Corte ha predicado sobre el alcance de la doctrina constitucional, – sentencia C – 037 de 1996–, esta opera allí donde el legislador no ha ejercido su primado; así entonces, dejando por supuesto que no hay Ley del Trabajo, la Corte Constitucional se auto habilita para moldear las instituciones laborales.

¹⁰ “El juez que interpreta ha de prestar atención, en la concretización de los principios constitucionales, al

El mandato de expedir un Estatuto del Trabajo no puede valer como una omisión legislativa y una carta abierta para la creación de normas por parte del juez constitucional, pues si bien el Constituyente se ocupó de definir los principios mínimos constitucionales en materia laboral, estos no fueron más que la consignación de los títulos de los artículos del Código Laboral, y que han presidido efectivamente la jurisprudencia y práctica laboral en las últimas décadas.

No se puede hacer de las normas constitucionales falsos santuarios de poder, como lo pretende quien en actitud insólita, en una democracia o en el saber, se instituye en detentador exclusivo de una visión para hacer efectivos los derechos fundamentales, y proclama que de ella carecen los jueces del común, y tal vez, por un método de interpretación al que estos, se insinúa, no pueden acceder¹¹; en términos bélicos esta formulación es una plataforma de lanzamiento de misiles contra la autonomía e independencia judicial de los jueces ordinarios y contencioso administrativos, formidable y encubierta, pues la construye quien en el mismo texto que se cita consigna que “no debe olvidarse que una cara conquista de las democracias contemporáneas viene dada por la autonomía e independencia de los jueces”.

primado de la concretización del legislador. Si el principio permite varias concretizaciones, está vinculado a la elegida por el legislador, con tal que esta resida aún en el marco del margen de concretización limitado al legislador”, como enseña Larenz en Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996, pag. 343.

¹¹ La Corte Constitucional, en la sentencia C–590 de 2005, así plasmó su criterio: “El valor de cosa juzgada de las sentencias y el principio de seguridad jurídica suponen que los fallos son respetuosos de los derechos y ese respeto no se determina a partir de la visión que cada juez tenga de ellos sino del alcance que les fije la Corte Constitucional, pues esta es la habilitada para generar certeza sobre su alcance. Y ello es lógico ya que si algo genera inseguridad jurídica es la promoción de diferentes lecturas de la Carta Política por los jueces y, en particular, sobre el alcance de los derechos fundamentales. Este es precisamente el peligro que se evita mediante la excepcional procedencia de la tutela contra sentencias pues a través de ella se promueven lecturas uniformes sobre el alcance de tales derechos y de la Carta Política como su soporte normativo”.

.....

“A este respecto no sobra recordar que en tanto las disposiciones constitucionales, y en particular las disposiciones iusfundamentales, suelen tener una estructura especial –en general la doctrina las ha denominado estructura o “textura” abierta– las mismas exigen para su interpretación además de los métodos tradicionales de interpretación del derecho, otros especiales y propios del derecho constitucional. En este sentido, es fundamental que exista un órgano último especializado en estas materias, que adicionalmente pueda ser objeto de permanente vigilancia y control, dado que tiene a su cargo la función de servir como intérprete supremo de la Constitución”.

También se hace de la Constitución un falso santuario de poder cavándole un foso que la aíse de la Ley para hacer del juzgamiento constitucional un coto reservado y distinto del de la legalidad; esta trampa es la cosa juzgada relativa, que supone que la efectuada por los jueces laborales en procesos ordinarios, se reduce a los límites de los preceptos de ley, como si ellos nos fueran expresión de los mandatos de la constitución, y como si el derecho legislado hubiere sido expedido o pudiese ser aplicado prescindiendo de la perspectiva constitucional.

Síndrome del Gobernador de Barataria

La administración de justicia requiere de hombres buenos; pero la bondad, la misericordia y la buena disposición no son suficientes, como lo intuía Don Quijote cuando preparaba a su escudero para asumir el gobierno de la Isla Barataria.

Los jueces deben ser ilustrados y, además hábiles, que manejen principios y normas con pericia interpretativa, con una visión desde el firmamento de los valores, y el contexto amplio de la sociedad, visto a través de las políticas públicas debidamente adoptadas, para un cabal entendimiento del haz normativo; se debe aprender la lección que enseña la historia próxima: a los jueces ya no le basta conocer sólo de normas.

Es esta la labor de un juez ilustrado por oposición a la del juez de pose progresista o de pose retrógrada; el anatema no es juzgar cada uno según la propia visión del mundo, sino asumir con alguna leve conciencia de ella; adoptar una postura sin reflexión es como volar por instrumentos en un espacio normativo nublado y oscuro, sin ver el horizonte, sin detectar fronteras.

La pose es una postura sin bagaje argumentativo, lo cual ya encierra un peligro para la democracia; ciertamente la garantía capital contra la arbitrariedad del poder del juez es la obligación principalísima de hacer explícitas las razones de su decisión; no debe quedar en las tinieblas aquella que tiene peso decisorio, como es la que le imprime dirección al fallo, orientación ideológica al dictado; de ella no se puede prescindir si se quiere cumplir con el mandato de juzgar según el leal saber y entender, pero este resulta traicionado y, con él, el carácter democrático, si ese saber y entender es sólo una actitud que no conoce camino para traducirse en razones jurídicas, o que sólo le permite ir a tientas, por carecer el juez de una adecuada caja mental de herramientas, como el cerrajero que cuente sólo con un destornillador para intentar abrir todo candado.

Por intención deliberada o por torpeza se puede faltar a aquella regla que Kant formulaba en la Paz Perpetua: son injustas todas las acciones que se refieran al derecho de otros hombres cuyas máximas no soportan ser publicadas.

Tal es el caso de las decisiones judiciales en el que el resultado es el que domina la decisión, la cual ya está esbozada antes de exa-

minar el asunto, como cuando el juez se figura así mismo como redentor social y actúa bajo el canon de no negar prestaciones, ser protector a ultranza, auto conceder la licencia de eximir de requisitos legales si con ello se allana el camino que concede un derecho social; o de manera contraria, cuando asume el papel de defensor de oficio de todo tesoro, del público y privado, que ve en toda reclamación una pretensión desmedida de gentes ávidas, o con títulos fraudulentos, las que, para negar ajusta los procedimientos legales a su actitud puntillosa, y los requerimientos normativos a su carácter inflexible.

La sociedad de la que los jueces juzgan y dirimen sus controversias es compleja, rica en matices, un hervidero de intereses encontrados que merecen todos protección, aunque en diferente medida; no de otra manera se ha de desplegar la justicia en una sociedad que se precie de ser democrática, que por definición no puede ser excluyente; esa sociedad no puede ser entendida, ni el juez estar a la altura de su misión, si este padece acromatopsia intelectual, si todo lo ve en blanco y negro, si la observa solo desde una perspectiva, si el panorama que alcanza a visualizar es el que le permite ver el expediente, es como mirar una habitación por el ojo de la cerradura para establecer la escena del crimen y decidir sobre la responsabilidad del inquilino.

Síndrome de Pitia

Desde que la humanidad tuvo uso de razón, cuando tuvo conciencia del poder de su saber, asumió las riendas de su destino, e ingresó a la modernidad por el camino que alumbraba la Enciclopedia, movimiento en el que convergieron los haces de luz ofrecidos por la pléyade de pensadores que alborotaban el mundo de hace medio milenio.

Pero no bastó el alumbramiento; desde siempre la razón se ha batido para desligarse de su antepasado reducido a un Oráculo, al dictado de iniciados o de iluminados; la historia de la democracia es también la lucha de la emancipación del saber de todo o de cualquier señor; la universalización de la educación es el formidable mecanismo para democratizar el conocimiento, para que este sea poseído por quien acredite las mejores razones.

Son antiguallas todas las formas de confinamiento del saber, ya como Oráculos, como Summas o pronto como lo serán las Enciclopedias, o una extravagante: la franquicia de saber que el burócrata reclama creyéndola adosada en exclusividad a su cargo.

La Rama Judicial es un modelo de organización que hace compatible lo que la teoría señala como inconciliable: la democracia con la burocracia; y ello se logra por virtud de una fórmula que combina la jerarquía con la autonomía; una comunidad de jueces que, aunque sometida a jerarquías funcionales, tienen el deber de obrar autónomamente, cada uno razonando por sí mismo; la autonomía es un privilegio pero también un deber; con ello se establece un orden entre reinos, y la armonía descansa en que sus diferencias las arbitra

la Razón; la regla suprema es el respeto de la racionalidad: que cada uno juzgue guardando fiel lealtad como su mejor entendimiento, sin que esta exigencia sea una licencia para tener uno cualquiera, si no ha de corresponder con alguno de aquellos a los que la comunidad jurídica le concede mérito.

La única autoridad que se ejerce es la de la razón; domina la mejor que se ofrezca; están desterrados los argumentos ad verecundiam, y los que se tratan de imponer con el báculo de la autoridad.

El mundo judicial es propicio para escenificar la comunidad ideal del diálogo de Habermas, en la que cuando un juez habla para dictar su fallo, lo hace según su criterio auténtico, y a su vez considera que todos los demás lo hacen de la misma manera; el juego de la razón se desarrolla a plenitud con el respeto a las tesis de los demás jueces, de los pares, de los especialistas, de los inferiores; la única superioridad que cuenta es la de la fuerza del argumento; el poseer el derecho a decir la última palabra no exonera a ninguno del deber de debatir con mejores razonamientos; ninguna investidura atribuye visión de pensamiento, ni primacía del conocimiento, ni el derecho a sospechar de los demás, a ejercer oficiosamente tutela bajo el supuesto de gozar de mejores condiciones para discernir justicia.

En el proceso laboral y de la seguridad social, el derecho a la instancia superior, a asumir in extenso y panorámicamente la decisión inferior, debió ceder para practicar el respeto por sus decisiones, como expresión de confianza en su ministerio, la que se brinda sin otorgar inmunidad a que su sentencia sea derribada, pues siempre han de valer los argumentos inobjetables presentados por la vía de los recursos.

Acudiendo a Lefort, en una democracia el trono del poder y del saber ha de ser una silla vacía, en la que la legitimidad no está en cabeza de nadie, sino radicada en un proceso permanente para fundarla, en un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo, debate necesariamente sin garante y sin término¹².

Atenta contra la democracia en la justicia la intención de introducir la figura de la obligatoriedad de la jurisprudencia; es una carga de profundidad contra esa comunidad ideal, un ocioso regreso al pasado que asola el derecho a la libre discrepancia, obstruye la vocación del derecho a auto-corregirse, y elimina la condición de progreso de la jurisprudencia.

La regla básica de la democracia, de dispersar el poder, se cumple en la Rama Judicial con la autonomía del juez; la jurisprudencia obligatoria

es la institucionalización de la inclinación perversa de la democracia cifrada en la Ley de Hierro de Michels¹³.

Síndrome de Procuste

La justicia no se realiza practicando el respeto por un solo valor; cuando se ha de resolver un conflicto de la jurisdicción laboral y de la seguridad social concurren al tiempo la solidaridad, la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, la justicia, la integralidad; al juez no le está permitido ser abanderado de uno de ellos sacrificando los demás; ni siquiera bajo el amparo de tan alta justificación puede reemplazar la rica y múltiple tabla axiológica, por la realización del valor de sus preferencias, como cuando el juez de pose progresista considera que es a la igualdad a la que se deben someter todos los demás.

La seguridad social, en cuyo diseño está cifrada la vocación a largo plazo de la sociedad, y en el que corre enorme peligro el principio de la igualdad, desde cuando se tiene que definir quiénes son los iguales, a quiénes comprende la comunidad dentro de la que se han de hacer los juicios de comparación; y que resulta gravemente vulnerada cuando la sociedad es sólo la de los presentes, dejando por fuera a la generación que viene, para la que se reservan sólo las cargas, las cuentas por los derechos que mañana tendrán catadura de privilegios; los hijos de los que hoy se benefician con el reparto tendrán al canto la respuesta de si se le dio un trato en condiciones de igualdad de generaciones; y en términos de políticas democráticas, sobre el papel de la judicatura en hacer de la seguridad social una sociedad más igualitaria, o mecanismo para mantener desigualdades.

El principio de la igualdad es complejo, bifronte, porque está erigido para proteger tanto la igualdad como la diversidad; un mal se hace a la sociedad democrática si las sentencias sirven como el lecho de Procuste, para allí cercenar o descoyuntar las instituciones y hacer con ellas el reino de lo uniforme; no dejo de pensar en las penalidades y tormentos a que allí ha sido sometido el sindicalismo colombiano, en que por obra de los jueces constitucionales igualaron bajo la igualdad de Procuste los derechos laborales de los sindicalizados con los no sindicalizados; igualaron bajo la igualdad de Procuste el derecho de todos los trabajadores a conformar los sindicatos de base a tantos cuanto quepan en una empresa; igualaron bajo la igualdad de Procuste a los sindicatos minoritarios con los mayoritarios; y los frutos conseguidos hacen ya dudosa la pertinencia de la invocación de la igualdad, si por ellos se frotan las manos quienes se oponen a la protesta de los más desiguales; ciertamente, aquella construcción logra lo que a estos beneficia, la atomización del sindicalismo, en contra de la voluntad expresa del legislador, de realizar también el principio de la igualdad, mediante acciones afirmativas de un sindicalismo aglutinado en sindicatos mayoritarios.

¹² Lefort C., *Essais sur le politique*, Pág. 50. Citado en el prologo al libro de otra obra del mismo autor "Incertidumbre de la Democracia" de Esteban Molina opus cit., afirma: Dicho de otra forma, la democracia moderna nos invita a sustituir la noción de un poder legítimo, por la de un régimen fundado sobre la legitimidad de un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo, debate necesariamente sin garante y sin término.

¹³ "La organización determina la división de todo partido en una minoría que dirige y una mayoría que es dirigida." Michels, R. *La Sociología de partido Político Nella Democracia Moderna*, citado por Sartori, G. *¿Qué es la democracia?*, Bogota, Altamira Ed. 1994.



© Rodrigo Sepúlveda/EL TIEMPO

