

MARÍA VICTORIA PARRA A.

Docente de la Facultad

ESTADO SOCIAL DE DERECHO. SU INCIDENCIA FRENTE AL ORDENAMIENTO PENAL



uando somos convocados a las aulas universitarias, creemos que vamos a enseñar y nos damos cuenta que llegamos a aprender, consideramos que hemos recorrido parte importante del camino y nos percatamos que aún falta mucho por avanzar; es así como el ejemplo de un gran maestro, no sólo de la ciencia penal, sino de la vida, como lo es el DR. AUGUSTO IBÁÑEZ el entusiasmo e inquietud de quienes en este semestre me escuchan atentos en su condición de personas que dan sus primeros pasos en este

apasionado mundo del derecho penal, y las inquietudes compartidas por compañeros de cátedra como los DRS EDGAR KURMEN Y GABRIEL SALAMANCA, me ha motivado para plantear ante ustedes algunas inquietudes surgidas con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991, en la cual se entroniza un nuevo modelo organizacional para Colombia, con incidencia en el ordenamiento punitivo.

Me ha llamado la atención este tema, de vital relevancia, en tanto, a partir de la vigencia de la CARTA POLITICA de 1991, se entroniza un nuevo modelo de Estado, con repercusión en el funcionamiento y operancia de las Instituciones, empero pareciera que no despertamos a esta nueva realidad y continuamos desempeñando nuestra labor, desde el ámbito que se ejerza, sin atender a este importante cambio, resultante de una condición: social, cultural y política que llevó a la convocatoria de una asamblea Nacional Constituyente, que entrega al País una carta política, atinada en contenido, orientada a sentar las bases para el mejoramiento de una sociedad ideal, fundada en el respeto de los derechos fundamentales inmanentes a los coasociados, así como el reconocimiento de las preceptivas trazadas en materia de derechos humanos, cuyo pilar fundamental se fija en el hombre y como corolario de ello, se coloca al Estado al servicio de la comunidad, en procura del bienestar general, en donde la efectividad de los derechos y deberes, sean una realidad.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La constitución de 1886, que nos regentaba hasta el año 91, correspondía en su estructura a lo que se ha entendido como un ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO, dentro del cual la soberanía reside en la Nación, se pregonaba la separación de poderes con determinación de los funcionarios que se hallan al frente de los mismos y su competencia funcional, modelo en el cual se pretende la tutela de bienes jurídicos relevantes, cometido para el cual se hallan instituídas las autoridades de la República, a diferencia de la carta Política expedida en el año 91, que expresamente pregonaba, dentro de los caracteres del Estado Colombiano que este se erige como ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Así las cosas, tendríamos que nos surgen en consecuencia dos planteamientos: El primero de ellos, atinente a ¿Qué debe entenderse por un Estado social de derecho?, ¿Cuáles son las características que identifican a este modelo de organización política? Y ¿Cuál es la incidencia de dicha concepción frente al ordenamiento penal, desde sus diversas aristas: en punto a su expedición, aplicación y ejecución de la norma penal?

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La entronización de un nuevo sistema organizacional, en la carta política de 1991, nos lleva necesariamente a estudiar qué debe entenderse por un Estado



social de derecho, y qué implicaciones se derivan de catalogar a un país como tal.

Al respecto, se tiene como en sentencia T 406, del 5 de junio de 1992, siendo M.P. el DR. CIRO ANGARITA BARON, se deja plasmado por la CORTE CONSTITUCIONAL, que el término SOCIAL, entronizado en la Carta del 91, agregado a la fórmula de un ESTADO DE DERECHO, no puede tomarse como una "simple muletilla retórica", sino que tal expresión de contenido representativo, conlleva necesariamente a hacernos un planteamiento, en punto a la trascendencia que tal concepto mantiene, en torno a dos tópicos, claramente establecidos y a los cuales alude la Alta Corporación en el fallo en referencia:

1.- CUANTITATIVO: Referido necesariamente al ESTADO BIENESTAR, entendido como aquel que garantiza las condiciones mínimas a que debe acceder todo ciudadano, tales como: alimentación, habitación, trabajo y como corolario un salario.

2.- CUALITATIVO: Entendido como el ESTADO DEMOCRATICO, en donde en respuesta a la acción intervencionista del Estado, se garantiza la vigencia de los derechos de segunda y tercera generación, mediante mecanismos que aseguran el ejercicio de una democracia participativa, del control político y jurídico a quienes detentan el poder y sobre todo y como aspecto relevante se establece un catálogo de DERECHOS FUNDAMENTALES, que vienen a constituir el fundamento y norte de interpretación de cada una de las instancias encargadas de la administración de justicia. Derechos que estamos compelidos a respetar, todas las personas comprometidas en la labor de administrar justicia, al lado de los sujetos que forman parte de la estructura Estatal, y por su puesto los coasociados.

DERECHOS FUNDAMENTALES, que de paso sea decirlo, requieren de la verificación de ciertos presupuestos para su identificación, requisitos que se dejaron plasmados por la propia CORTE CONSTITUCIONAL, en la sentencia radicada bajo el No. T-406 de junio 5 de 1992, a saber: Conexión directa con los principios constitucionales, Eficacia directa y Contenido esencial.

De otro lado, se tiene como este modelo organizacional, no sólo se ocupa de la formulación y establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales, a favor de los coasociados, tal como sucedía en el Estado liberal, sino que por el contrario, se pretende su real verificación y concreción; de ahí que se halla dotado por la propia carta política al juzgador de mecanismos que permitan la materialización real de estos derechos, entre los cuales se cuenta LA ACCION DE TUTELA Y



LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD en tanto de nada vale que mantengamos un ordenamiento jurídico, reputado como ideal, si este no tiene aplicación práctica en las relaciones, y situaciones que a diario afrontamos.

Ahora, si bien es cierto se puede afirmar que en el ESTADO SOCIAL DERECHO, se sigue manteniendo vigente la SEPARACION DE PODERES se tiene que este concepto, valía sustancialmente en su concepción, adoptándose como una separación de ámbitos funcionales, mediando entre ellos una coherencia armónica, dentro de la cual se ejerce un control recíproco, por cada una de las instancias que conforman el poder correspondiente, vale decir Ejecutivo Legislador y operador de la norma, trabajan armónicamente en la persecución y logro de los fines, previamente trazados por el Estado.

Otra implicación del Estado de derecho, la encontramos precisamente en la consagración de una serie de principios que han de gobernar al poder Estatal, tanto en la creación y emisión de la norma, como en su aplicación y ejecución, de ahí que la actual Carta Política se encargue de consagrar garantías constitucionales, referidas a juzgamiento y las garantías procesales, que deben regir en materia penal.

Finalmente debemos advertir en este punto, como una de las características que ha permitido la diferenciación entre la Constitución Política de 1886 y la actual carta magna, está radicada en el papel y lugar que desempeña el hombre, frente a estos ordenamientos, en tanto, mientras la Constitución regente hasta 1991, giraba alrededor del aparato Estatal; la Carta política expedida con posterioridad, mantiene como eje central al HOMBRE, de ahí que esta haya sido catalogada como ANTROPOCENTRICA, circunstancia que como lo pasamos a analizar, mantiene una incidencia marcada en torno al funcionamiento de las instancias Estatales, sin que se pueda pregonar que esta influencia no ha sido determinante frente al ordenamiento penal.

EL ORDENAMIENTO PENAL FRENTE AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Referidas de manera generalizada las características que identifican al ESTADO SOCIAL DE DERECHO, ocupémonos de analizar cuál es la incidencia que este modelo organizacional, mantiene frente al ordenamiento penal y en especial en torno a los principios que gobiernan esta materia, teniendo en cuenta que no sólo se introducen, algunos que no se encontraban plasmadas en la constitución políti-



ca que nos regía, sino que algunos ya existentes, sufren modificaciones en punto a su contenido.

Así, siempre se había pregonado que los principios se erigían como un contacto entre la ciencia jurídica y la filosofía del derecho, y que su fuerza estaba limitada a constituirse en simples criterios auxiliares en la interpretación de las normas por el juzgador; en la actualidad dicha postura valía en tanto por mandato de la propia Carta política –Art. 4o.– los **PRINCIPIOS MANTIENEN FUERZA JURIDICA OBLIGATORIA**, vale decir que el Juzgador se halla compelido a darles aplicación, frente a los casos concretos que se someten a su juzgamiento.

De otro lado, cabe relevar como tanto en vigencia de la constitución de 1886 como en la actual carta política se han consagrado principios que regentan la actividad jurisdiccional. Así en la Constitución de 1886, se plasmaron como tales: La obligatoriedad y exclusividad de la administración de justicia. (Art. 2o, 16 y 55). La audiencia bilateral (Art. 23 y 26), La imparcialidad e independencia de los jueces. (Art. 20 y 55 C.N.), El interés público y general del proceso, la publicidad del proceso, El Juez natural, La presunción de inocencia y el principio de favorabilidad.

Por su parte la Carta Política de 1991, a más de reiterar tales mandatos, introduce otros nuevos, sin dejar de lado, que como se analizará más adelante algunos sufren modificaciones en su contenido, como se advirtió en precedencia. Así dentro de los postulados entronizados recientemente tenemos: **EL DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL, IMPERIO DE LA LEY Y TUTELA JURISDICCIONAL**, a los cuales me referiré de manera general.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Siempre, se había pregonando una clara diferenciación entre dos categorías de derecho: **EL SUSTANCIAL Y EL PROCEDIMENTAL**, rindiéndose frente al segundo una especie de tributo, en tanto, el juzgador en la tarea de administrar justicia, se preocupaba de dar cumplimiento estricto a cada uno de los ritos que previamente se habían fijado para regular la actuación que servía como medio para arribar a una decisión que pretendía reconocer el derecho: actualmente se abandona el culto al derecho procesal, concebido como el respeto a los formalismos que regentan la actuación procedimental organizada a través del establecimiento de estancos o compartimientos que en conjunto constituyen el mecanismo



para alcanzar una decisión definitiva, frente al caso puesto en conocimiento de la justicia: pretendiéndose por el contrario la tutela a un derecho sustancial, el de la defensa, la garantía de que el juzgamiento se adelante por un juez competente y un Juez natural par o igual etc.

Así el art. 228 de la C.P., conlleva necesariamente a una concepción diferente del derecho, en tanto al consagrarse la **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**, se compele al Juzgador a apartarse de los formalismos, que en tantas ocasiones, ha llevado al traste con el derecho y la aplicación de justicia –tarea esencial del mismo–, olvidándonos que este servidor del Estado es un garante de su concreción. De ahí que sin que lleguemos a desconocer la importancia del debido proceso, tutor de los derechos inmanentes a los intervinientes en la relación jurídico procesal, deba tenerse en cuenta como no es suficiente invocar violación de un acto previamente establecido en la legislación ritual, para que el juzgador se niegue a emitir un pronunciamiento de fondo, tendiente al reconocimiento de los derechos, ante él invocados.

Concepción que lleva a adoptar una postura diferente en torno, a determinaciones, que impliquen por ejemplo la nulitación e invalidación de la actuación, en tanto, esta medida, que gozó de buena acogida entre magistrados y jueces durante muchos años hoy se convierte en mecanismo excepcional, que obedece igualmente a la verificación de circunstancias, que permitan deducir que existió violación al derecho a la defensa, y que la irregularidad que afecta el proceso, no es subsanable por otro medio? dando paso a la solución del conflicto, puesto a consideración de la rama judicial, en observancia de un mandato que necesariamente conlleva a pregonar que lo formal, se halla subordinado a lo sustancial.

IMPERIO DE LA LEY

Cuando se alude a un **ESTADO SOCIAL DE DERECHO**, necesariamente nos estamos refiriendo a dos calidades que identifican a este tipo de organización, a saber:

- a- Una sujeción formal al derecho –validez–.
- b- Una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales –justicia–.

Como corolario de ello, debe tenerse en cuenta por el Juzgador al momento de aplicar una norma que esta cumpla con dos presupuestos a saber:



1. Que formalmente esta haya sido expedida por el órgano competente para tal fin. Congreso de la República y Ejecutivo excepcionalmente, en virtud a la declaratoria de los Estados de excepción (conmoción interior y guerra exterior).
2. Una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales, elemento este relativo a la justicia y que se traduce en que la norma solo será aplicable, en tanto materialmente se halle conforme a los valores y principios fundamentales dados por la Constitución y que apuntan a la conformación de un orden social justo, así como a toda norma de garantía dentro de las cuales se encuentran incluídas por supuesto los tratados públicos que consagran derechos humanos internacionales. Paso de una lógica formal a una dogmática axiológica¹.

Importante es destacar en este aspecto, dos precisiones: una que alude a la vigencia y prevalencia de las normas constitucionales y la otra referida a la obligatoriedad en el acatamiento de la jurisprudencia constitucional.

Así de tiempo atrás venía reconociéndose la prevalencia y supremacía de las normas constitucionales, sobre las restantes que hicieran parte del ordenamiento jurídico vigente, mandato que adquiere hoy en día mayor vigencia, al punto que se hable de una constitucionalización del derecho, en tanto expresamente se autoriza al juzgador a abstenerse de dar aplicación a una norma que sea contraria a la carta magna –art. 40. C.P–, aceptándose a su vez que las normas constitucionales son el marco de referencia que sirve para determinar la validez de cualquier norma, teniendo en cuenta que las preceptivas en ella incorporadas sirven de eje central a todo el ordenamiento jurídico.

De igual manera se entroniza, por la propia carta política la vigencia de los tratados internacionales existentes sobre derechos humanos, ratificados por Colombia –art. 93– lo cual constituye una clara supra-constitucionalización de dichas normas, debiendo entenderse en consecuencia que tales preceptivas son de obligatoria observancia para el juzgador quien se halla compelido a acatarlas y observarlas e incorporarlas dentro del catálogo de normas regentes en el ejercicio de su función. Dentro de tales tratados podemos citar El pacto de derechos económicos, sociales y culturales sobre derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre derechos humanos, adoptados por Colombia, mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA JUAN, *Concepto y límites del derecho penal*, Edit. TEMIS 1992.



Ahora aludiendo A la FUERZA JURIDICA, atribuida a la JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, se tiene como la tradición Colombiana en materia de jurisprudencia en general se halla adscrita a la corriente Latina, según la cual esta ocupa un lugar secundario, en tanto la ley escrita se erige como fuente principal del derecho; diverso a lo que sucede frente al sistema Anglosajón en el cual la jurisprudencia ocupa un lugar preponderante y principal.

Así, atendiendo al texto constitucional vertido en el art. 230 de la C.P. de 1991, tenemos como la jurisprudencia como regla general, constituye criterio auxiliar de la actividad judicial; principio que sufre una excepción entratándose de la JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, que por mandato de la propia carta -art. 243-, reiterado en el decreto 2067 de 1991 -art. 23- estatuye como las decisiones emanadas de la Corte Constitucional mantienen fuerza obligatoria y deben ser acatadas por los administradores de justicia como criterio necesario de interpretación. De ahí que con razón se halla sostenido en sentencia C- 104, del 11 de marzo de 1993, emitida por la CORTE CONSTITUCIONAL, siendo magistrado ponente el DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, que la diferencia existente entre la jurisprudencia emanada de LA CORTE CONSTITUCIONAL y otras altas Corporaciones, radica en que aquella mantiene FUERZA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL.

TUTELA JURISDICCIONAL

Principio en torno al cual, si bien se debe señalar, que no mantiene una consagración expresa en la Carta política del 91, se encuentra inmerso en ella al estatuirse en el preámbulo de ésta, que su promulgación obedece, entre otros fines, el atinente a la justicia, aunado a lo cual el art. 20, de este ordenamiento entroniza como uno de los objetivos esenciales del Estado, LA EFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCION concordado con aquellos mandatos, que aluden a la prevalencia del derecho sustancial, al libre acceso a la administración de justicia y al imperio de la ley.

Así mismo, se tiene como dicho principio debe entenderse dentro del alcance y contenido que le ha otorgado la legislación Española, art. 24 C.P.E., y cuyo Tribunal constitucional, en sentencia que data del 31 de marzo de 1981, dejó sentado en torno a este tema como "El derecho a la tutela efectiva, no comprende, obviamente, el de obtener una sentencia judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos para ello".



De allí que se deba colegir como la TUTELA JURISDICCIONAL; se concreta en el derecho que tienen las personas a acceder a la administración de justicia, dentro de un proceso ajustado a las ritualidades, previamente establecida, dentro del cual serán escuchadas, culminando con una decisión ajustada al derecho, en la cual se materializará una verdadera aplicación de justicia.

RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Otro de los avances que cabe relieves de la carta política de 1991, se refiere al reconocimiento de la DIGNIDAD HUMANA, cuya consagración normativa se ofrece por el mismo texto de la carta, de manera expresa en su art. 1o, que a la letra reza: "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizada en forma de república Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática y participativa, fundada en el respeto de la DIGNIDAD HUMANA, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general", de donde dable es concluir como la DIGNIDAD HUMANA, constituye el pilar fundamental de la Estructura del Estado Social de derecho, con incidencia frente al ordenamiento penal, en su doble connotación sustancial y procedimental, de allí que se impone un trato digno a quien se erige como sujeto pasivo del proceso penal, desde el momento mismo en que se produce su retención y se le vincula a la investigación penal, durante el término que demore la instrucción y el juicio hasta cuando se le impone una pena y se verifica su ejecución.

Importante resulta relevar en este punto, como fue el *principio de la dignidad humana*, el soporte que permitió, que inicialmente por vía de tutela, se ordenara la libertad de unos inimputables que se encontraban recluidos en un anexo psiquiátrico, condenados a penas que oscilaban entre los 20 y 30 años. Posteriormente al ser demandada la constitucionalidad de los arts. 94, 95 y 96 del C. Penal, la Corte Constitucional, declara, INCONSTITUCIONAL el establecimiento de un mínimo determinado y un máximo indeterminado, cuando no hay ninguna posibilidad de que el enfermo mental recupere su salud.

Aplicado el PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA, al derecho penal, tenemos cómo el mismo, impone que aceptemos la diversidad de culturas, religiones, ideología y raza que coexiste en nuestro país, de allí que el PRINCIPIO DE IGUALDAD, hoy en día, se reduce a impartir un trato igual a los iguales.



PRINCIPIO DE IGUALDAD

Tradicionalmente se había concebido al Principio de Igualdad, como una ley abstracta, producto de la voluntad general, estableciéndose como principio de validez, un trato igual a todos. En la actualidad, se tiene como la ley no puede concebirse como una estructura formal, sino que por el contrario se admite que la misma es reflejo de una realidad, social, política, cultural e histórica imperante en un país, como corolario de lo cual la misma está llamada a reconocer diferencias naturales, surgidas en el mundo ontológico, acondicionando sus preceptos conforme a esta diversidad.

De allí que en la actualidad se tenga otra concepción en punto al Principio de igualdad, conforme a la cual se deben "Tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diversa forma", teniendo en cuenta que dicha clasificación debe obedecer a una justificación objetiva razonable, fundada en el reconocimiento de una diversidad étnica, cultural, religiosa, política, social etc.

Lo relevante entonces, frente a este principio constitucional, es que a todas las personas que habitan el territorio Colombiano, independientemente de su raza, estirpe, sexo o condición se les garantice la igualdad de oportunidades para participar en el poder político, para que sea respetada su dignidad humana y para acceder a la administración de justicia

ANTI JURIDICIDAD MATERIAL

Desde el estatuto punitivo, que entró a regir en el año de 1980, viene pregonándose la vigencia de un principio de vulneración, conforme al cual, un comportamiento a más de ser típico, requiere que se constituya en antijurídico, en sus dos acepciones: formal y material, vale decir que no sólo basta la contradicción del hecho, con el ordenamiento legal, y la ausencia de una causal de justificación, sino que se hace imperiosa la exigencia pertinente al daño, sea este real o potencial, que la conducta reputada como ilícita, representa para el bien jurídico objeto de tutela, de esta manera se excluyen del campo penal, aquellos comportamientos que pueden catalogarse como inocuos, en tanto no mantienen la virtualidad de causar mal o amenazar con poner en peligro un bien jurídico, aunado a lo cual aquellas acciones reputadas como bagatela, tampoco deben constituir, objeto que interese al ordenamiento penal.



Así las cosas, podemos afirmar como el bien jurídico se toma en el centro del ordenamiento penal, que funciona, en tutela de un bien jurídico, que previamente se ha catalogado por el legislador, como relevante y necesario para cumplir con las finalidades que se ha trazado el Estado, consagradas en el art. 20. de la carta política, concretadas en el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, asegurar la vigencia de los principios y derechos fundamentales etc., y de esta manera garantizar al conglomerado condiciones que le permitan una convivencia pacífica, y por ende una vida digna.

Y entonces surgiría en este punto un interrogante, que ya desde tiempo atrás se ha planteado en la doctrina, atinente a si tales planteamientos no ameritan una variación del esquema del delito, en el cual el bien jurídico y el concepto de antijuridicidad en su doble connotación, vendrían a constituir el punto de partida.

Así, retomando en este punto los planteamientos expuestos por el maestro AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN², se impone presentar un nuevo esquema del delito, que mantenga como referente material a la persona humana, poseedora de necesidades, independientemente de que la norma penal las acepte o no; necesidades que son reconocidas por el derecho, señalamientos mínimos, que implican una traducción de la realidad social constitutiva de bienes jurídicos.

PROSCRIPCIÓN A TODA REFERENCIA PELIGROSISTA

Desde la expedición del código penal de 1980, se pretendió la erradicación de todas aquellas consagraciones normativas, que se eligían como reflejo de las concepciones positivistas referidas al sujeto pasivo del proceso penal; se proscribía toda responsabilidad objetiva, y como corolario de ello, se propugnaba por la vigencia de un derecho penal de acto, de hecho, o de acción, frente al cual al hombre se le sanciona por sus acciones, vulnerantes de un bien jurídico, objeto de tutela; comportamientos frente a los cuales éste actúa con capacidad de comprender y de determinarse. No obstante y con razón se ha formulado una crítica al ordenamiento regente, increpándose que en torno a determinados eventos, aún se conservan rezagos de esa tendencia peligrosista V. gr. Los tipos agravados por el resultado - responsabilidad objetiva.

² IBAÑEZ GUZMÁN AUGUSTO, *Esquema del delito y constitución política*, Conferencia.



Así, frente a los subrogados penales, se ha venido manteniendo una inclinación peligrosista, según la cual, se le niegan al procesado ciertos derechos a los cuales debe acceder, con prescindencia de referencias fundamentadas en el registro que deba mantener o no de antecedentes judiciales, circunstancia que de suyo lleva a sancionarlo, no por lo que éste haga, o deje de hacer, sino simplemente por lo que es, retornando a la vigencia de un derecho penal de autor.

Que se deje en manos del juzgador el establecimiento de si una persona es acreedora o no del derecho a la libertad, fundamentándose en elucubraciones, por lo general subjetivas, sin fundamento alguno, no puede corresponder a un Estado social de derecho, donde el bienestar del individuo es la finalidad prevalente que guía y sirve de norte a toda la intervención y actuación Estatal. Por ello, el análisis de la personalidad del individuo, pilar fundamental para conceder o denegar un subrogado, y en ciertos eventos la libertad provisional del sumariado o procesado, debe entenderse y comprenderse al decir del DR. GUSTAVO GOMEZ GAVIRIA, en sentencia de casación calendada el 24 de abril de 1992 como "la moderna visión que compromete sentimientos y motivaciones particulares y divergentes, pero respetuosos de las reglas comunes preestablecidas como normas de gobierno dentro de la organización social" vale decir que el examen concretado a establecer si la persona, requiere o no tratamiento penitenciario, obedezca a un análisis de circunstancias objetivas que permitan el establecimiento o deducción de dicho tópico.

Finalmente cabe indicar como otra implicación del estado social de derecho, frente al sistema penal, se encuentra en punto de las garantías procesales de rango constitucional, en tanto frente a este sistema organizacional, se impone la incorporación de una serie de principios y reglas procesales que limitan y perfeccionan el ordenamiento jurídico y cuya creación se inspira en la necesidad de establecer controles al poder atribuido al ente Estatal, en ejercicio del IUS PUNIENDI, contención que se extiende, no sólo al legislador en su función de crear y emitir la norma, sino al operador de la misma en su aplicación, permitiendo la tutela y concreción de los derechos fundamentales e imprescindibles, como aquel referido al DERECHO A LA DEFENSA, para quien se erige como sujeto pasivo del proceso penal y otros derechos inmanentes a los intervinientes en la relación procesal. V. gr. la víctima del comportamiento delictual quien merece que se propugne por el Restablecimiento de los derechos quebrantados con la ilicitud, abandonándose una postura legislativa, que implantaba un desequilibrio en el proceso penal, en torno a quienes pueden considerarse como titulares de derechos encontrados dentro del mismo, festinando de garantías al procesado, en tanto se olvidó esta otra parte medular del proceso penal.



Así, se implantan por la Carta política de 1991, verdaderos derechos constitucionales fundamentales, que tocan con las garantías procesales, dentro de las cuales cabe mencionar: EL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO A LA DEFENSA Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES, principios que mantienen carácter normativo, no sólo por su origen, sino por que se constituyen como fuente del derecho procesal, a más que se catalogan como absolutos en la medida que fijan parámetros de obligatoria observancia, tanto para el creador, como operador y aplicador de la norma, aunado a lo cual cumplen una función hermeneútica, en tanto sirven de fundamento en la interpretación de las normas rituales a integradora al permitir superar los vacíos y deficiencias que puedan presentarse en la regulación del trámite procesal.

Ahora bien, aunque tales postulados mantenían vigencia desde la carta política que nos regentaba hasta el año 91, debe tenerse en cuenta como los mismos adquieren otra fuerza jurídica al consagrarse como garantías constitucionales, coligado a lo cual el nuevo modelo de Estado permite imprimirles un contenido diverso.

Así, el debido proceso, en vigencia de la constitución de 1886, se refería a la observancia de la reglamentación procesal, establecida con base en una ley preexistente, en donde el proceso se adopta como un todo integrado de actos coherentes, dispuestos desde la iniciación de la investigación, pasando por la calificación del sumario, el aporte de pruebas, el desarrollo del juicio, hasta culminar con la sentencia respectiva y cuya omisión o desacato daba lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado.

Por el contrario en vigencia de la carta política de 1991, no sólo se extiende esta garantía a las actuaciones administrativas, sino que se integran otros elementos a este concepto, tales como la vigencia del Principio de favorabilidad, el derecho a una efectiva y real defensa, conforme a la cual no basta la designación formal de un abogado defensor para pregonar que se ha garantizado al procesado tal garantía, sino que es deber del juzgador velar por que realmente, el profesional del derecho, designado para desarrollar esta función cumpla con los deberes que el cargo le impone.

Concordante con ello, se compele al juzgador a dar solución rápida, eriza y motivada a todas las solicitudes impetradas a instancias de los sujetos procesales la concreción de una audiencia y debate bilateral, dentro del cual se debe escuchar a los intervinientes en la relación, aceptar y decretar los medios de prueba que pretendan siempre y cuando sean pertinentes y conducentes y la controversia de la prueba allegada al plenario.



Un debido proceso sin dilaciones injustificadas, dentro del cual los términos serán de obligatoria observancia para los funcionarios, a excepción de aquellos eventos en que la mora se funde en una causa justa, garantía que adquiere mayor relevancia, frente al Estado social de Derecho, en el cual se vela por el interés del individuo y se respeta la dignidad humana, con lo cual se pretende dar efectividad al derecho que mantienen los coasociados a tener una pronta y cumplida administración de justicia, así como el implicado, quien merece que no se le prolongue indebidamente la definición de su situación jurídica de manera definitiva.

Al decir de EISSEN, en cita que de este autor, hacen los magistrados CIRO ANGARITA BARON Y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, en salvamento de voto que plasmaran, frente a la sentencia C 093, emitida por la Corte Constitucional "Ello implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto a los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos".

Mandato que debe ser analizado a partir de lo normado por el art. 228 de la C.P., en concordancia con las consagraciones al respecto incorporadas en el pacto Internacional de derechos civiles y políticos, ratificado por la ley 74 del 68, art. 9.3.

DERECHO DE DEFENSA

Este principio, considerado siempre como pilar fundamental de las garantías otorgadas al procesado, es concebido frente al nuevo modelo de Estado, como la real concreción de una audiencia bilateral en la cual las partes intervinientes en la relación mantengan los mismos derechos y oportunidades, a solicitar pruebas tendientes a demostrar su inocencia o cualquier otra circunstancia que les sea favorable, a debatir y controvertir aquellas que se alleguen en su contra, así como a cuestionar aquellos pronunciamientos que sean contrarios a sus intereses y obtener la revisión de las decisiones que ocasione inconformidad etc.

Principio que en la actualidad y conforme a los lineamientos establecidos por la *convención americana sobre derechos humanos "Pacto de San José de Costa Rica"* comprende el derecho a ser oído y vencido en juicio, a la asistencia de un defensor, que este sea designado por el propio inculcado o proporcionado por el Estado, a una comunicación previa de la acusación que se formula al sindicado o enjuiciado –y cuando se dice previa, se está haciendo referencia a la inmediatez con que debe darse a conocer la misma, sin esperar hasta cuando se haya recauda-



do toda la prueba de cargo para garantizar que en su práctica no haya interferencia del implicado—, así como la concesión al mismo de los mecanismos y medios necesarios para ejercer en debida forma la defensa, derecho del inculpinado a entrevistarse cuantas veces sea necesario con su defensor de manera libre, a interrogar y contra interrogar a los testigos y la tutela a la garantía constitucional de no ser compelido a declarar en su contra, e incluso se impone la omisión de utilizar mecanismos que tiendan a influir en el inculpinado, a fin de que renuncie a la garantía de la presunción de inocencia, aspecto recientemente analizado por la Corte constitucional en sentencia C-621, del 4 de noviembre de 1998, M.P: DR. José Gregorio Hernández Galindo.

Finalmente, importa destacar como tradicionalmente se ha mantenido la idea de que en el proceso penal se toma como el ámbito propicio para la imposición de una pena, a quien se erige como sujeto activo de una acción, reputada como delictual, olvidando que dicha actuación mantiene otras finalidades, prescritas por el ordenamiento legal, y que tocan con los derechos immanentes a quienes se erigen como víctimas de un ilícito, de allí que por mandato constitucional se haya establecido *el principio de restablecimiento del derecho*, normativa que deriva su entronización en la legislación en atención a la protección que debe brindar el Estado al perjudicado con el delito y por ende titular de la acción civil, quien deriva desmedro en los derechos immanentes al mismo con ocasión de la verificación de un comportamiento ilícito, haciéndose por ende imperiosa la reivindicación de éstos en el ámbito mismo del proceso penal sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil, en observancia además del principio de economía procesal.

Hechas estas acotaciones se impone concluir cómo el funcionario judicial en su tarea de administrar justicia, pasa a desempeñar un rol diverso, frente al Estado social de derecho, marcado por la importancia que adquiere en sus relaciones con el legislador y frente a la propia administración de justicia, en la medida que es al operador de la norma, a quien se encomienda la guarda de las garantías y principios trazados por la propia carta política, así como las preceptivas consignadas en esta, contentivas de valores que sirven como base para establecer el sentido y finalidad de las normas conformantes del ordenamiento jurídico, bajo el entendido que estas obedecen a una finalidad que guía a una determinada organización política, constituyendo el fundamento sobre el cual se edifica el sistema.

