

**LA RATIO DECIDENDUM EN LA
BÚSQUEDA DEL SENTIDO DE
LA TIPICIDAD COMO
ELEMENTO DEL DEBIDO
PROCESO ***

*Decidendum ratio in the search typicity meaning
of due process as a*

Recibido: 16 de septiembre del 2012

Revisado: 29 de noviembre del 2012

Aceptado: 20 de Enero del 2013

*Luis Antonio Muñoz Hernández***

RESUMEN:

La racionalidad del juez en su función, pregunta sobre la tipicidad, la cual, no obstante partir de la objetividad de los grafos normativos, su examen en lo concreto o en lo constitucional, pertenece en buena medida a su interior, como ser humano complejo. El sentido de la tipicidad, confronta la justicia interior del juez y se gradúa dentro de lo justo, siendo la sociedad, su destinataria. Lo que es justo le pertenece al interior de cada ser humano. Pero al juez, le toca hacer pública y aplicable la justicia. La investigación muestra cómo al examinar la tipicidad, el derecho legislado y el derecho del juez interactúan, en especial en lo constitucional, como una parte dinámica del derecho abstracto.

PALABRAS CLAVE:

Tipicidad, Justicia, Ley, Decisión Judicial, Derecho Concreto, Debido Proceso, argumentación, interpretación.

ABSTRACT:

Judge the rationality of its function, the typical question, which, however from the objectivity of graphs normative consideration in the concrete or in the Constitution, belongs largely to its interior, as complex human being. The sense of typicality, facing the interior of the judge and justice graduates in the just, being the Company, its target. What is fair belongs within each human being. But the judge, it's up to publicize and apply justice. The research shows how to examine the typical, statutory law and the right of the judge interact, particularly in constitutional, as a dynamic part of abstract right.

KEYWORDS:

Keywords: typicality, Justice, Law, Judicial Decision, Right Concrete, Due Process, argument, interpretation.

* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto «derecho y realismo» desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Cúcuta perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

** Maestrando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Magister en Paz, Desarrollo y Resolución de Conflictos de la Universidad de Pamplona -Colombia- con doble titulación Universidad de Granada -España-, Especialista en Derecho Procesal la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Abogado de la Universidad Seccional Cúcuta. Profesor y Jefe del Área de Derecho Procesal de la misma universidad. Correo electrónico antonio.munoz@unilibrecucuta.edu.co y luismunoz24@msn.com.

INTRODUCCIÓN

Abordar y analizar una decisión justa es pensar en la aplicación concreta del derecho sustancial preexistente, esto desde la óptica y lo inherente a pensar en lo justo en cuanto a la conformidad con la legalidad. Pero al tiempo esta función judicial no puede escindirse de lo que se concibe como justicia y ello lleva a interiorizarse cada ser humano - juez en particular, desde lo más íntimo de su interior y ella, la justicia diferente en cada ser, cuando se hace decisión, genera diferencias naturales ante los demás, a su vez, cada uno con su concepción individual de dicha justicia. Función nada fácil la del juez, de adecuar no solo los parámetros señalados por la tipicidad, sino además los de la justicia¹.

Amartya Sen en su libro «La Idea de Justicia» dice que la justicia debe conseguirse al ubicar lo injusto, combatiéndolo para descubrir con ello lo justo. Otros de inclinación normativa y contractualista como Thomas Hobbes, luego John Locke, Jean-Jaques Rousseau e Immanuel Kant, conciben la justicia en instituciones justas y otros comparatistas, como Smith, Condorcet, Wollstonecraft, Bentham, Marx, Jhon Stuart Mill, prefieren que ella sea el producto de una conciliación entre estas instituciones justas y el comportamiento real de la gente. (Sen Amartya, «La Idea de Justicia». Editorial Taurus, Buenos Aires Argentina. 2010 Pgs 19,20. 2010)

Ahora bien, teniendo claro, como explícitamente lo enseña Hans Kelsen, quien citado por Luis Recaséns Siches, (Recaséns S. luis, 1980.) hace énfasis que

el Derecho no solo comprende el ordenamiento jurídico estático, donde se le concibe como la normativa general y abstracta, sino que, además lo debe integrar también, el derecho concreto, fruto del ejercicio jurisdiccional (también actos administrativo y jurídicos de derecho privado, ajenos a la presente investigación); dejando de un lado la inveterada forma de pensar que cuando el juez ejerce jurisdicción², solo es una mecánica aplicativa del derecho, con la participación del juez, solo para acertar a los silogismos preestablecidos por la Ley³; en su obra, Kelsen explica qué es y cómo se forma el derecho (Hans Kelsen, 1960.) desde el punto de vista dinámico. Este artículo mostrará en un primer momento, el pensamiento del creador de derecho particular colombiano, al emitir su decisión, la evolución o involución de su racionalidad.

Así mismo y lo más importante para este estudio, el anterior ejercicio, se hará no solo desde la actividad jurisdiccional ordinaria, sino además desde la constitucional, la primera, encontrando su justeza en la identificación del los hechos que comprende el conflicto de intereses, con la tipicidad, preexistente y válida; y la segunda, auscultando e inmiscuyéndose en los tipos de la norma general, que si se especula, creando normativa abstracta, o lo que puede denominar como, el aspecto dinámico en cabeza del juez constitucional del derecho abstracto, al señalar en su ratio decidendum, la regla de derecho, vía sobre interpretación.

Conociendo como son ellas, cómo se conciben, su evolución, y algunas observaciones sobre las mismas, el

1 Sobre la gran variedad de posiciones argumentativas que abordan el concepto de justicia, se puede consultar el ejemplo-ejercicio «Tres niños y una flauta: Una ilustración.» En el libro La Idea de Justicia de Amartya Sen, página 44. Allí las posiciones todas válidas y con toda la fuerza argumentativa de: 1. Los utilitaristas, 2. Los igualitaristas económicos y 3. Los libertarios pragmáticos, difieren sobre a cuál de los niños debe dársele una flauta.

2 Se hace claridad que no se puede confundir función judicial con jurisdicción, dado esta no es la única función que ejerce el juez. (apuntes de clase de maestría derecho procesal contemporáneo 2012)

3 Manuel Atienza es muy claro al ilustrar sobre la diferencia de entre explicar el derecho, que se limita a la aplicación del mismo y argumentar el derecho refiriéndose a la justificación frente a la normativa.

cometido secundario de este artículo es ofrecer conclusiones tendientes a ilustrar sobre la realidad de estas decisiones.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Motivó la investigación aquí expuesta los siguientes interrogantes: ¿existe ejercicio del debido proceso partiendo desde la norma sustancial?. Puede el juez en su función, realizar un rol más dinámico al estudiar, analizar e interpretar el derecho abstracto y, llegar a creación de derecho o al menos dinamización del derecho abstracto, no solo desde el ejercicio mismo inter partes sino dentro de su rol de control constitucional al conciliar las normas con la constitución del ejercicio jurisdiccional. Qué participación o protagonismo tiene la tipicidad frente al debido proceso?.

Compendio de los anteriores interrogantes se define como pregunta base: ¿cómo se vincula a la jurisdicción con el derecho sustancial preexistente, para que la decisión pase el control del debido proceso?

Delanteramente se concluye que la tipicidad es transversal a todo el derecho sustancial y condiciona la decisión justa para cumplir con el debido proceso.

COMENTARIO PREVIO

La información obtenida de la clases de la maestría de Derecho Procesal Contemporáneo y la investigación que se motivó, confrontándolas con la lectura y las relatorias realizadas sobre el tema tipicidad, la jurisprudencia y su objeto creador del derecho concreto, se advirtió el olvido, o mejor, el apego y la fidelidad que desde estudiantes de pregrado se ha adquirido respeto de la tipicidad, compendiada solo desde la tipicidad penal. Omisión imperdonable. Sí. Generalmente se olvida que la tipicidad se predica en todos los campos del derecho y esa es una

realidad, precisando que el olvido no lo es desde la fundamentación académica, dado que, típico es el quehacer del hombre hecho normativa, sino desde la realidad de la administración de justicia en donde se debe admitir, es donde estaba puesto el muro.

En ese orden, ¿se había advertido la verdadera dimensión de la tipicidad diferente a la penal? Muy poca cosa.

En hora buena advertimos ello y entonces se hace un alto y se reflexiona, para poder realizar esta investigación.

METODOLOGÍA

Se trata de una investigación cualitativa de teoría fundada, con análisis jurisprudencial y de información hermenéutica de cuarto nivel, mediante fichado de textos. En escenario se sitúa en estudio de casos concretos, lo que no amerita estadística dado que su objeto no es análisis cuantitativo.

1. DESARROLLO CONCEPTUAL Y ANALÍTICO

1.1. NATURALEZA DE DERECHO CONCRETO

Administrar justicia es aplicar el derecho consagrado en la Ley sustancial al caso concreto. Nada más anquilosado. En dicha expresión se advierte a un juez mecánico, aplicador, médium, lógico, silogístico, como fue concebido desde el triunfo revolucionario francés y hoy, para muchos, vigente.

Por la experiencia de la investigación, de las ideas de Recaséns Siches, el mismísimo Kensen, Perelman, Herzy Wroblewski y de la argumentación de Manuel Atienza, el juez, es el principal protagonista de la actividad jurisdiccional. La era del juez activo, moldeador de la norma, y hacedor de derecho llegó.

El juez concebido así, garantiza para la sociedad, con sus sentencias, actos creadores y productivos al momento de interpretar el derecho abstracto y muy alejado del silogismo y de la lógica deductiva. El mejor homenaje que se le rinde a la regla de derecho es la más próxima y real interpretación de la misma al caso concreto, es su humanización, su conversión social.

Retomando lo dicho en líneas iniciales, la distancia entre las celdas de los grafos de la Ley y el juez convidado de piedra, es cada vez mayor, puesto que en medio de ellos se ha interpuesto la razón de este y su acción hermenéutica.

Ahora bien, en su ejercicio jurisdiccional, el juez completa el sentido de la norma, con las relaciones sociales, antropológicas del caso que está juzgando y siguiendo a Recasens Siches (Recaséns S. Luis, 1980.), constatados los hechos, debe identificar la norma y a su vez hacer una cualificación jurídica de los anteriores. Allí, al momento de hallar la norma sustancial preexistente aplicable, la analiza en toda su extensión, desde su semántica, su alcance y su validez, o como se le denomina en esta investigación como la «deconstrucción de la tipicidad», que para cada caso debe ser diferente así sea la misma norma utilizada. Este ejercicio no podría realizarse si no se contara con la participación de un raciocinio sabio, activo y ético del juez.

Se observa el siguiente tema puntual: Responsabilidad Civil extracontractual del Estado.

Uno de los estandartes del orden justo social, comprende la obligación de

cada individuo de la comunidad, de responder por sus actos y de los daños que puedan ocasionar, elevándose a estatus constitucional el respecto por los derechos del otro y de responder en caso que sean conculcados.⁴

Este mandato constitucional se desarrolla para particulares, en el artículo 2341 del Código Civil y para el Estado en el inciso 2 del artículo 2 y 90 de la Constitución.

Para el derecho concreto, es claro que, para poder lograr la meta de la declaración judicial de la responsabilidad civil del Estado, debe hallarse de la normativa la correspondencia con la norma sustancial preexistente, ejercicio que es denominado por la jurisprudencia como los elementos esenciales que compone la axiología de la responsabilidad. Y es en este punto, donde para hallar estos elementos de la responsabilidad, que se examina la tipicidad, obsérvese:

La norma abstracta, artículo 90 Constitución Política:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

⁴ Esto se evidencia en la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Título II. De Los Derechos, Las Garantías y Los Deberes, Capítulo 5, De los Deberes y Obligaciones. Artículo 95. «La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios»

La jurisprudencia se ha detenido en examinar el sentido de la palabra «imputable» (imputación), lo que ha generado, en la forma de entender y estudiar los elementos de la responsabilidad estatal. Esta concreción del derecho por el juez, solo en lo tocante a esta palabrita, ha generado posiciones disímiles.⁵ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias: del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda; del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa; El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencias: del 12 de octubre de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 21 de octubre de 1999.C.P. Alíer Eduardo Hernández Enrique; del 28 de octubre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 22 de junio de 2001, C.P. Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701; del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alíer Eduardo Hernández Enrique. Exp. 15.201; y del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda, en vigencia de la Constitución de 1886, consideró como único elemento el daño, y la preocupación giraba en esencia en la carga de la prueba del mismo.

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa, en vigencia de la Constitución centenaria, consideró también, como único elemento el daño.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 12 de octubre de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. No incluyó la imputación, solo el daño y el

nexo de causalidad, entre el daño y el actuar administrativo, adicionándole la falla del servicio.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999.C.P. Alíer Eduardo Hernández Enrique, incluyó la imputación. La racionalidad de este fallo, arrojó como conclusión, la imputación lo es desde lo facto, el cual se identifica con la relación de causalidad entre el hecho y un daño; y desde lo *juris*, es decir, una razón de derecho que justifique, «...la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor». Con esta sentencia, se logra desentrañar en concreto, sin entrar a calificar como bueno o malo el resultado del ejercicio creador, la tipicidad de la palabra imputable.

En el mismo sentido el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque, incluyó la imputación, quien tomando la argumentación de la sentencia del 21 de octubre, fortaleció su racionalidad, desentrañando su sentido.

La misma sección tercera en otro pronunciamiento importante, mediante sentencia del 22 de junio de 2001, C.P. Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701, expresó: «Se precisa inicialmente que para determinar la responsabilidad demandada es requisito fundamental establecer la imputación del mismo respecto del sujeto demandado».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la sección tercera, del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alíer Eduardo Hernández Enrique. Exp. 15.201.

5 Sobre el análisis jurisprudencial y la base teórica de la tipicidad, en el caso de la imputación como elemento de la responsabilidad estatal, se consultó el estudio que no solo en jurisprudencia sino también en doctrina compiló el Dr. Luis Enrique Giraldo Gómez, en su estudio denominado «Imputación como elemento estructural de la responsabilidad». Revista Responsabilidad civil y del Estado, Nro. 28 del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, noviembre de 2010.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Dispuso que los elementos son el hecho dañoso la imputabilidad al demandado, y nexos de causalidad entre estos. La carga probatoria en cabeza del accionante.

Sobre este tema, luego de los vacíos y la incertidumbre que ofrecía la norma abstracta, los ha llenado la sabiduría del juez. Bien lo expresa Luis Recaséns Siches: **«Nunca ha podido el legislador cumplir el propósito de crear la totalidad de reglas de Derecho necesarias, ni nunca podrá cumplirlo. Ahora bien, como esta función debe ser cumplida, cuando el caso apremia, es el juez quien interviene como una especie de legislador suplente. (...)»** (Recaséns S. Luis, 1980, p 228).

Termina este primer momento del estudio, cuestionándonos si ejemplos creadores como el anterior, no han logrado sustituir la tradición codificadora que desde La Bastilla se heredó, donde los argumentos del juez no lo son, sino más bien, un apego al criterio gramatical o literal de aplicación, lógica y sin razón de la Ley. Que juzgue el lector.

En palabras concluyentes, la tradición codificadora en cabeza del legislador se ha venido desvaneciendo en la medida en que el otrora juez mero aplicador silogístico ha venido humanizando y justificando su función social, alrededor de otras circunstancias diferentes a las que rodean la interpretación exclusivamente literal. La naturaleza del derecho abstracto, pasa de la rigidez de su incolumidad, al dinamismo de la razón judicial, como se verá en líneas que siguen.

1.2. EL DERECHO ABSTRACTO DESDE EL DINAMISMO QUE LE IMPRIME EL JUEZ CONSTITUCIONAL, Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO

Causó interés este ámbito, sabiendo como es de importante la modulación que el juez constitucional hace a la tipicidad que a la postre será la preestablecida para la base del ejercicio jurisdiccional como creación del derecho concreto. Y es en este campo en donde también se puede identificar el debido proceso y su gran variedad de principios y garantías que lo integran.

Sí, el debido proceso se debe predicar y respetar desde el derecho procesal propiamente dicho y el derecho constitucional, dando paso a lo que se conoce como el derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional. En palabras del profesor colombiano Martín Agudelo Ramírez, «... En ambos espacios, una institución como el debido proceso resulta ineludible desarrollarla. (...)» (Agudelo R. Martín 2007, p 1).

En este estadio constitucional del juez, el debido proceso no se circunscribe en una decisión de reconocimiento en donde se identifique la pretensión sustentada en hecho con relevancia jurídica, con la norma sustancial preexistente y con respeto a una forma también preexistente en el derecho procesal, sino a la co-construcción del derecho abstracto, función esta que también debe como ya se dijo, honrar un debido proceso, que gira esencialmente en la cosa juzgada constitucional. «(...) En el caso del proceso jurisdiccional, el debido proceso incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas como la vigencia de un orden social justo que tenga fundamento en la dignidad humana. (...)» (Agudelo R. Martín 2007, p. 14).

En ese orden, la labor creadora, en casos concretos, también es desarrollada por el juez constitucional en sede de juicios de constitucionalidad del derecho abstracto, en aras de señalar derroteros normativos justos y acordes a la protección de la dignidad humana.

Colombia tiene dos tribunales constitucionales, de un lado el Consejo de Estado en sede muy excepcional de juez de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general,⁶ en especial y entre otros, cuando el ejecutivo a través de sus decretos, resoluciones u órdenes, quiebra los principio de necesidad, jerarquía e indelegabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Y del otro, la Corte Constitucional, cuya natural función y esencia es la constitucional, ambas contenidas en la Constitución Política de 1991, que fue el producto de un pacto consensuado entre diferentes corrientes políticas, donde el constituyente como soberano, reconoció el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; abandonó el Estado de derecho y la primacía de la Ley, para dar paso a un Estado Constitucional, reemplazando la hegemonía del principio de legalidad, por la supremacía de la constitucionalidad (Schlesinger, Cristina P. 2006, P. 251 y s.s), concibiéndose el Estado Colombiano conforme al artículo primero (1), como Estado Social de Derecho y cuyos fines se expresan en el artículo dos, y entre los cuales se encuentra « ... promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución», entendiéndose la misma como una Constitución material dirigida a alcanzar JUSTICIA SOCIAL.

El constituyente creó la jurisdicción constitucional, cuya máximo órgano representó en la Corte Constitucional, encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitucional, y por ende de cumplir el fin estatal de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, atendiendo que la misma se consagró como norma de normas, no dejando duda de la supremacía.

Valga recordar que la Corte Constitucional, como un órgano de naturaleza judicial se ubica en la rama del poder público judicial, concibiendo su función y naturaleza eminentemente jurídica, pero sin olvidar que la Carta, es producto de un acto político fundacional, y por lo tanto es de naturaleza política, situándose entonces la Corte en lares jurídico - políticos. Para el francés Louis Favoreu el Tribunal Constitucional es « una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.» (Favoreu, Louis. 1994, p. 13, citado en Tarapués, Diego F. 2006), advirtiendo así la necesidad de autonomía e independencia que requiere, impidiendo que el mismo se ubique dentro de cualquiera de las tres ramas del poder público, toda vez que a su parecer se pondría en tela de juicio su objetividad e independencia.

La posición de Louis Favoreu tiene un interesante sustento, se cree que debe considerarse en los estrados académico, y político del sistema Colombiano, atendiendo la función asignada a la Corte Constitucional por mandato del poder constituyente, advirtiendo desde ya, que dicha discusión no sería aceptada por la

6 En realidad, el Consejo de Estado es la máxima autoridad dentro de la Jurisdicción administrativa, solo que también se le asignó esta misión propia de la jurisdicción constitucional.

rama legislativa, y ejecutiva, que en la actualidad impulsan y motivan reformas tendientes a limitar y hacer nugatorio la función de la Corte Constitucional. Sin duda se le tacharía como la instauración de un poder omnipotente sin dar paso si quiera a la discusión de dicho asunto, resaltando que en países como Chile, Perú y Ecuador, en los cuales se respeta la división, independencia e insubordinación de las ramas del poder público, se ha decidido otorgar plena autonomía al tribunal constitucional, constituyéndolo como un poder independiente, por fuera de las ramas tradicionales, siendo Colombia y Brasil, los dos Estados de América del Sur que ostentan un tribunal constitucional, enmarcado dentro de la rama del poder judicial, advirtiendo que los tribunales italiano y español constituyen poderes independientes al de la rama judicial ((Favoreu, Louis.1994, p. 13, citado en Tarapués, Diego F. 2006).

La anterior explicación a manera de introducción, con el objeto de mostrar la naturaleza de la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución Política, en defensa de los derechos fundamentales, la protección de los principios, y deberes consagrados en la Constitución Política, y el establecimiento de un orden justo, labor que le ha merecido fuertes críticas, por parte de las ramas del poder público ejecutiva, legislativa, e incluso la misma judicial, quienes advierten el desborde del ámbito competencial de la Corte Constitucional, al verse compelidas en ocasiones a obedecer mandatos emitidos como máxime interprete de la Constitución Política.

En este punto, es importante preguntar, si la función que ejerce la Corte Constitucional ¿es eminentemente jurídica, ó implica matices de índole político?, refiriéndose al tema el jurista Laureano Gómez, ha indicado que el acto de interpretación de la Constitución es un instrumento político y jurídico emanado del

poder constituyente (Gómez S, Laureano. 2008, p.187), se destaca en este aspecto que los fallos emitidos por la Corte Constitucional se consideran como verdadera fuente de derecho (i), y tienen una connotación política en las actuaciones del Estado (ii). Frente al primer aspecto, se tiene que la Corte Constitucional, abandonó la exclusividad de legislador negativo, emitiendo pronunciamientos interesantes como las sentencias integradoras o aditivas, situaciones que reflejan el carácter de colegislador positivo, que escapa a su naturaleza eminentemente jurídica, en la cual se enmarcó, teniendo una complejidad mixta esto es, jurídico - política, siendo absurdo pretender que la Corte Constitucional como supremo interprete y guardiana de la Constitución Política, limite su actuar como si fuese un Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, desconociendo su naturaleza especial, o peor aún pretender limitar su alcance y «... convertirle en un mero calificador de las formas procedimentales y ritualidades de adopción de las normas» (Gómez S, Laureano. 2008, p. 72).

Todo lo anterior explica y complementa la etapa dinámica en la creación del derecho que realiza el juez constitucional. En efecto, la tipicidad de la norma sustancial se convierte en factor primordial del debido proceso; y así la regla de juicio que debe emplear el juez, aún el constitucional, se circunscribe a la órbita de la mencionada regla material, y la *ratio decidendi* entonces está íntima o armónicamente conectada con la finalidad del contenido normativo, solo que, este debido proceso hoy, cuenta con el concurso dinámico del ordenador, a tal punto que el punto de partida de su función no lo es, a desde de sus grafos sino, dentro de los mismos, modulando, interpretando, sobre interpretando, en fin, haciendo derecho. Para este estudio, el debido proceso desde la óptica dinámica del derecho abstracto, en cabeza del juez que acaba de explicarse,

expone en evidencia, no solo un debido proceso desde el querer normativo del Derecho sustancial, sino además desde la sabiduría del juez.

1.3. UN CASO QUE REFLEJA LA FUNCIÓN JUDICIAL DINÁMICA DEL DERECHO ABSTRACTO. SU ENFRENTAMIENTO CON LA DECISIÓN CONCRETA

Ni creación abstracta pura, función monopolística del legislador, ni creación concreta pura dado que no se desatan o resuelven pretensiones frente a la norma sustancial preexistente. Esa es la función dinámica del juez constitucional al examinar la tipicidad que garantizará el orden social justo. Si, es un maravilloso ejercicio que toma la Ley sustancial preexistente como producto inacabado, que pasa por el control de calidad si la frase se permite, de la razón, la sabiduría de ese juez tropos, jurídico y político.

Tema: Responsabilidad Civil Objetiva extracontractual del Estado, en materia de privación injusta de la libertad.

Retomando lo dicho en líneas anteriores sobre la norma sustancial preexistente, de perogrullo se expresa que uno de los estandartes del orden justo social, comprende la obligación de cada individuo de la comunidad, de responder por sus actos y de los daños que puedan ocasionar, elevándose a estatus constitucional el respecto por los derechos del otro y de responder en caso que sean conculcados; para particulares, en el artículo 2341 del Código Civil y para el Estado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución y el artículo 90 *ibidem*.

Ahora la identificación de la tipicidad cuando responde el Estado en casos de privación injusta de la libertad.

Norma abstracta: el otrora artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, hoy

derogado, pero aún acciones perpetradas durante su vigencia

Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

Esta responsabilidad está ubicada dentro de las excepcionales objetivas. Se sabe que las cargas públicas a las que está sometidos los colombianos, en virtud de sus funciones públicas y de interés general, puede quebrarse cuando su exceso viola la igualdad, en cuyo caso responde el Estado por los daños causados y que el ciudadano no debió soportar.

Existen casos de responsabilidad objetiva, como cuando el ciudadano haya sido privado injustamente de su libertad.

Sobre este tema el Consejo de Estado ha sido constante en su jurisprudencia hacedora del derecho concreto, al considerar que el Estado siempre debe responder, dado que la tipicidad del artículo 414 C.P.P., y el régimen objetivo así lo imponen. Su *ratio decidendum* se resume en que: no es necesario auscultar la intención de la autoridad jurisdiccional; que existe siempre responsabilidad del estado cuando al que se le haya privado de la libertad y luego exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía

hecho punible, adicionando que la responsabilidad se extiende a casos de aplicación del *indubio pro reo*, esto es, cuando se absuelve por falta de pruebas. (Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias de 2 de junio de 1994, expediente 8998; del 27 de marzo de 1994 exp. 9.763; del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754; del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; del 14 de marzo de 2002, exp. 13.606 y del 4 de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994-09871-0).

Ahora bien, desde el ámbito dinámico del derecho abstracto, el juez constitucional al modular la tipicidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria, sobre el error jurisdiccional, toma *ratio decidendum* aplicable a la norma en estudio que en algunos aspectos coincidentes y muchos totalmente divergentes al derecho concreto elaborado por el Consejo de Estado. La posición racional de la Corte Constitucional, fue el sustento argumentativo de los salvamentos de voto al interior del Consejo de Estado.

Aquí la Corte Constitucional, a la sazón de su función natural provisional, se detuvo en la tipicidad de la norma y se preguntó sobre la palabra **injusta**. Delimitó su polisemia y estableció las reglas a seguir al momento de identificar los hechos con relevancia jurídica con la norma sustancial preexistente. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1997).

Al establecer las reglas en su *ratio decidendum*, estuvo de acuerdo con la línea del Consejo de Estado, pero solo en cuanto a la objetividad inicial, predicada que, no se debe buscar la intencionalidad del juez o del funcionario que emite la medida de privación. En lo demás en un momento subjetivo, establece la Corte que, no siempre el Estado debe responder en casos de privación y el privado es absuelto bajo las circunstancias que se detallan en el artículo 414 del C.P.P., sino que es menester que esa privación sea injusta.

1.3.1. SENTENCIA C-037 DE 1997 (QUE REvisa EL PROYECTO DE LEY NO. 58/94 SENADO Y 264 /95 CÁMARA, ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA) DE CONTROL CONSTITUCIONAL AUTOMÁTICO, PREVIO, DEFINITIVO E INTEGRAL

Para la Corte Constitucional, la medida de privación de la libertad debe ser injusta, es decir, que esta sea ilegítima. Y determinó cuándo o mejor en qué casos es injusta la medida: «(i) del hecho de que la detención se produjera por delitos cuya acción se encontrara prescrita; (ii) por un delito que la legislación hubiera sustraído de tal medida; (iii) la detención se produjera en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exigiera querrela de parte para el ejercicio de la acción penal; (iv) la medida cautelar se profiriera sin un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso; (v) el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la Ley no correspondiera con la prueba que obraba en el proceso penal; (vi) se hubiera excedido el plazo razonable; (vii) fuera desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trataba, o (viii) la misma no fuera necesaria para el cumplimiento de los requisitos que fundamentaban la medida. (...)» (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1997).

Innecesaria o excesiva son los factores que resumen la calidad de injusta de la medida de privación de la libertad, lo que se hace necesario entonces, demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que hubiera sufrido el procesado.

Detecta esta investigación, como el Consejo de Estado viola la Cosa Juzgada Constitucional, que nació de la C-037/1997 de manera integral y definitiva, al estudiar

la Ley 270 del año 1998, Estatutaria de Administración de Justicia, por lo que era innecesario para el caso, hacer el esfuerzo interpretativo realizado en clave de concreción del derecho. Desconoció el Consejo de Estado los pronunciamientos de la Corte Constitucional que modula los alcances de la frase «detención injusta», fijando los eventos y señalándole al juez administrativo la carga argumentativa de analizar en cada caso, la proporcionalidad y la necesidad de la medida.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

La conclusión delantera a la que se había llegado como hipótesis, quedó comprobada. En efecto, por lo analizado, se puede afirmar que la tipicidad es transversal a todo el derecho sustancial y condiciona la decisión justa para cumplir con el debido proceso y la ratio dedidendum debe llenar los estándares señalados por la tipicidad. Ahora bien, como también se comprobó, la participación de la racionalidad del Juez le hace partícipe de la parte activa del derecho abstracto. No cabe duda entonces, que la interacción entre la norma y la función creadora del juez es inescindible.

CONCLUSIONES

El concepto de justicia interna en todos, se torna en un reto para el Juez, quien debe explicitarla e imponerla por conducto de sus fallos.

La tipicidad se debe predicar de todos los campos del derecho y no exclusivamente del derecho penal.

La preexistencia de la Ley sustancial, obliga al Juez en su ejercicio jurisdiccional a conciliar la conducta humana con el contenido semántico de la Ley, no como un silogismo deductivo, sino como un ejercicio sabio, real y ético.

El contenido del Derecho no está circunscrito únicamente a la normativa legal o constitucional, tiene un componente complementario en la decisión racional del Juez. El primero es llamado Derecho abstracto y el segundo, derecho concreto.

El derecho abstracto, conocido como el estático, tiene su momento dinámico en el Juez constitucional.

La actividad jurisdiccional en ocasiones enfrenta la decisión judicial racional concreta, con la decisión judicial racional dinámica abstracta, prevaleciendo la última sobre la primera. El debido proceso se rompe si esta prevalencia se desatiende, violándose entonces la cosa juzgada constitucional.

El debido proceso funge como institución que equilibra el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal.

El fin del proceso no es la búsqueda de la verdad absoluta a toda costa, sino resolver el conflicto, para mantener la convivencia pacífica, cumpliendo con las garantías constitucionales y el debido proceso.

Por la clase de decisiones que toma y por su naturaleza, la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Política de 1991, (texto político por excelencia) y responsable de la guarda e integridad de su supremacía, tiene una complexión mixta, esto es, jurídico - política, siendo absurdo pretender que como supremo interprete y guardiana de la Constitución Política, limite su actuar como si fuese un Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, desconociendo su naturaleza especial, o peor aún pretender limitar su alcance y «... convertirse en un mero calificador de las formas procedimentales y ritualidades de adopción de las normas» (Gómez S. Laureano. 2008, p.72.).

REFERENCIAS

Agudelo R, Martín. (2007). *El Proceso Jurisdiccional*, Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Atienza, Manuel. (2003). *Las razones del derecho*, México: Editorial Universidad Autónoma de México.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991

Favareu, Louis. (1994). *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona: Editorial Ariel p. 13, cita original de TARAPUÉS, Diego Fernando. (2006), ponencia *El Tribunal Constitucional Como Poder Autónomo En El Sistema Político Colombiano*. Ponencia, Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

Gómez S, Laureano. (2008). *Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá: ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Giraldo G, Luis F. (2010). *Revista Responsabilidad civil y del Estado*, 28, 81-114.

Kelsen, Hans. (1960), *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Recanséns Siches, Luis. (1980). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México: Porrúa S.A.

Saavedra L, Modesto, Jurisdicción y ATIENZA Manuel. (1996). *Derecho y Justicia*, Medellín: Trotta.

Schlesinger, Cristina Pardo. (2006). *Teoría Constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá: Universidad del Rosario.

Sen Amartya. (2010) *La Idea de Justicia*, Buenos Aires: Taurus.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 12 de octubre de 1993.C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999.C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1999.C.P. Ricardo Hoyos Duque

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, C.P, Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera., sentencia del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alir Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 15.201.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera., Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias: de 2 de junio de 1994, expediente 8998; del 27 de marzo de 1994 exp. 9.763; del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754; del 27 de septiembre de 2000, exp.11.601; del 14 de marzo de 2002, exp. 13.606 y del 4

de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994-09871-0.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 037 de 1997 (que revisa el proyecto de ley No. 58/94 Senado y 264 /95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/>