

Sergio Adrián Cote García* (Colombia)

El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional: ¿usurpación o reivindicación?

RESUMEN

Activismo judicial es una expresión peyorativa que denota una aparente extralimitación del juez en el cumplimiento de sus funciones. Esa extralimitación es aparente en tanto que pretermite convenientemente dos consideraciones fundamentales: (i) que el juez sí debe intervenir en el diseño de políticas públicas mediante sentencias modificatorias de la realidad material de las partes litigiosas con suficiente eco para aplicarse a casos análogos y producir transformaciones en niveles macro-políticos, y (ii) que la sujeción del juez a excesivas solemnidades procesales reduce significativamente su poder de alcance en la estructura del Estado, facilitando su instrumentalización en el contexto de guerras jurídicas.

Palabras clave: neoconstitucionalismo; *lawfare*; activismo judicial.

Judicial activism from a neo-constitutional perspective: usurpation or vindication?

ABSTRACT

Judicial activism is a pejorative expression that denotes an apparent overreaching by a judge in the fulfillment of his or her functions. This overreaching is apparent in that it conveniently omits two fundamental considerations: (i) that a judge should indeed participate in the design of public policies, through decisions that modify the material reality of the litigants with sufficient repercussions to be applied in analogous cases and to produce transformations at macro-political levels; and (ii) that the subjection of the judge to excessive procedural formalities significantly reduces his

* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana; magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Externado. Docente universitario; asesor jurídico, Fiscalía General de la Nación. sergioc8823@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0743-7531>.

or her power of scope in the structure of the State, facilitating its instrumentalization in the context of legal wars.

Keywords: Neo-constitutionalism; lawfare; judicial activism.

Der juristische Aktivismus aus neokonstitutioneller Perspektive: widerrechtliche Aneignung oder Anspruch?

ZUSAMMENFASSUNG

Der Begriff "juristischer Aktivismus" steht abwertend für die scheinbare Überschreitung der richterlichen Zuständigkeiten. Diese Überschreitung lässt sich daran erkennen, dass notwendigerweise von zwei Grundvoraussetzungen ausgegangen wird: (i) dass es Aufgabe des Richters ist, mithilfe von Entscheidungen, die die materielle Wirklichkeit der streitenden Parteien modifizieren, so spürbar in die Ausgestaltung der öffentlichen Politik einzugreifen, dass sie in analogen Fällen ebenfalls zur Anwendung kommen und gesamtpolitische Veränderungen hervorrufen können, und (ii) dass die richterliche Bindung an übertriebene prozessrechtliche Formalitäten die Möglichkeiten des Richters, Einfluss auf die staatlichen Strukturen zu nehmen, deutlich einschränken und dadurch seiner Instrumentalisierung im Kontext juristischer Auseinandersetzungen Vorschub geleistet wird.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus; *lawfare*; juristischer Aktivismus.

Introducción

*El país que tolera el relajamiento de la justicia
o la venalidad de jueces y magistrados está condenado
a caer en las fauces de la anarquía.*

JORGE ELIÉCER GAITÁN

El largo siglo XIX¹ basculó entre las disquisiciones epistemológicas de aquellos pensadores que sostuvieron la completitud del derecho, como si se tratara de un polígono de ángulos cerrados, en cuyos terrenos habitualmente se ubica en condición de precursores a Montesquieu² y Beccaria,³ y aquellos otros que reaccionaron contra tal arcadía académica denunciando que el ordenamiento jurídico está transido de vacíos, de antinomias, de anfibologías incluso propias del lenguaje humano, lo cual

¹ "El largo siglo XIX" fue una expresión acuñada por el historiador Eric Hobsbawm para referirse al periodo comprendido entre 1789 y 1914. Al efecto, véase Eric Hobsbawm, *La era de la revolución: 1789-1848*, 6.ª ed. (Buenos Aires: Crítica, Grupo Editorial Planeta, 2009).

² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 1972), 156 y ss.

³ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Ed. por F. Tomás y Valiente (Madrid: Aguilar, 1974), 76.

impide que las controversias tengan una única solución y, por tanto, los jueces sean algo más que “instrumentos que pronuncian la palabra de la ley”.⁴ En esta última corriente se inscriben todas las posturas del antiformalismo jurídico, que van desde el realismo americano y el escepticismo fáctico que popularizó Jerome Frank,⁵ hasta la escuela del derecho libre alemana, todas coincidentes en que la labor hermenéutica no se reduce a la ejecución de una fórmula silogística de la que se desprenda la solución inequívoca al caso concreto.

El abanico multiforme de posibilidades teóricas inspiró, de uno u otro modo, las instituciones procesales en las distintas latitudes en el contexto del Estado-nación posterior a las tres grandes revoluciones burguesas (la inglesa, la americana y la francesa). El Código Napoleónico de 1804, que sirvió de soporte a las codificaciones civiles latinoamericanas en cuya base se aloja el cuerpo normativo chileno confeccionado por Andrés Bello, ya situaba al brocardo de la autonomía de la voluntad privada en el centro de las relaciones intersubjetivas. En efecto, el contrato como fuente de obligaciones, la posibilidad de disciplinar los negocios que habitualmente se celebran entre particulares de forma autónoma, incluso denominándolos atípicamente, y la misma alternativa de deshacer vínculos obligacionales de manera consensuada sirven de base a la concepción procesal del juez ajeno, pasivo, que resuelve el conflicto aplicando el derecho, pero sin intervenir en la reconstrucción del supuesto fáctico porque esa es una tarea reservada a las partes.

En Colombia, por poner un ejemplo, se puede trazar una línea de tiempo en la que asidua y progresivamente se reconoce al juez la potestad de oficio de decretar pruebas, más que como una alternativa, como un genuino deber. La Ley 1564 de 12 de julio de 2012, que contiene el vigente Código General del Proceso, señala en su artículo 170: “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”. Tal aserto despierta una continua nostalgia en el subconsciente de una porción todavía significativa de civilistas,⁶ que visualizan la intervención judicial, en el plano de los hechos, como un desbalance indebido entre las partes litigiosas que, de contera, afecta la imparcialidad con que la administración de justicia debe operar; no obstante, lo cierto es que la búsqueda de la verdad material reposa en el trasfondo de la idea universal de justicia, que, aunque inasible para la cognición humana, sí despierta curiosidades en jueces acuciosos.

⁴ Tal aserción es atribuible a Montesquieu (*Del espíritu...*, 156).

⁵ Jerome Frank, *Law and the modern mind*, 15.^a ed. (Gloucester, Mass: Peter Smith, 1970).

⁶ Señala, por ejemplo, el profesor Hernández: “En consecuencia, si dejamos al descubierto el mito de la verdad real, concluiremos, con Montero Aroca, que, si ello no es más que una ilusión, entonces no se justifica concederle al juez iniciativa probatoria, y además que la prueba dentro de un proceso civil no tiene como finalidad la obtención de dicha verdad material” [Gabriel Hernández Villarreal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, ed. por Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Medellín: Universidad Libre, 2013), 927].

En el terreno del derecho penal aún escalda la piel la remembranza de los procesos medievales intrigantemente retratados por Kafka en su distópica obra *El proceso*, en la que el protagonista se ve envuelto en una investigación arcana, con las puertas del sistema judicial cerradas, inaccesibilidad a los expedientes, reserva absoluta respecto de los punibles presuntamente cometidos, simbiosis entre las funciones de investigación y juzgamiento, mecanismos procesales escriturales asfixiantes, edificios corroídos, funcionarios desestimulados, jueces sin contacto con el acervo probatorio, nulo derecho de defensa y condena social anticipatoria, configurando todos factores que condujeron al paroxismo del ocaso del sistema inquisitivo, de paso demonizando, en los lustros venideros, el vocablo calificativo ‘inquisitivo’, que, según la Real Academia Española, no es cosa diferente a averiguación e indagación.

A lo dicho, habría que añadir lo siguiente: la bula *ad extirpanda* promulgada por el papa Inocencio IV en el año 1252 incitaba a la Inquisición Pontificia a emplear la tortura como método de obtención de la confesión del crimen de herejía. Además, el suplicio y el castigo corporal exacerbado conformaron una simbología de la punición muy difícilmente atable a la humanización con que funciona el moderno derecho penal. Así lo expresa Michel Foucault:

El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes. [...] Las notaciones de la infamia se redistribuyen: en el castigo-espectáculo, un horror confuso brotaba del cadalso.⁷

Y si tanto ruborizan hoy las inclemencias y opacidades de los sistemas inquisitivos, entonces la reacción subsiguiente es la confección teórica de un modelo diametralmente opuesto, en definitiva, un escenario que, en lo penal, escinda la función acusatoria y la de juzgamiento obliterando la maligna perversión que puede reproducirse en los estratos mentales más subrepticios del juzgador y que lo conminan a buscar condenas con criterios cuantitativos en sede de un populismo punitivo alentado por la prensa; y en lo civil o comercial, un juez que al aplicar estrictas normas procedimentales, no altere la igualdad de las partes que libre y voluntariamente contrataron, o que, sin haberlo hecho, actúan como agentes autónomos en el interior de su respectiva comunidad jurídica.

Pero hay reparos que de entrada pueden oponerse a esta acomodaticia evolución procesal escondida detrás del disfraz de las garantías individuales, no porque tales

⁷ Michel Foucault, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1975), 17.

garantías sean insignificantes, sino porque son demasiado significativas para quedar confinadas en las restricciones propias de las instituciones adjetivas: oportunidad procesal, cargas de prueba, prescripciones, caducidades, exclusiones probatorias, presunciones, desistimientos, fallos inhibitorios, etc. El edificio del derecho procesal, construido sobre siglos de erudición académica, observa cada vez más de lejos la realidad de los justiciables, al mismo tiempo que reduce su presencia en el dibujo institucional político-administrativo del Estado correspondiente, y ¿a quién le conviene más una administración de justicia tan atemperada?

Es claro que mediante el presente escrito no se pretende revivir la inacabada cuestión epistemológica sobre el concepto de la verdad ni cómo podría reconstruirse ulteriormente. Por más que se reconozca que el juez no puede escrutar tan hondo en el pasado, como lo haría un historiador, para aproximarse a lo acaecido, esto es, lo que constituye el objeto del litigio, y sea cierto que en algún punto tendrá que conformarse con lo que se ha denominado “verdad forense”⁸ o “verdad procesal”, no es menos palmario que la cantidad considerable de liturgias y demás formalidades que crean el marco donde el debate se despliega prefiguran una universalidad que pretende cobijar la totalidad de los casos que se ventilarán, sin atender minucias. Esto quiere decir que la ritualidad procesal, confeccionada previamente por el legislador y plasmada en leyes imperativas, puede llegar a obstaculizar la verdad por la vía de imponer camisas de fuerza al sujeto designado para arbitrar el pleito, lo que no parece muy concordante con la idea de la justicia.

Ahora que la tecnología ha avanzado con tanto vértigo, valdría la pena preguntarse acerca de la viabilidad de que los jueces sean reemplazados por máquinas o computadoras programadas para aplicar algoritmos. Al final, si el juez, encerrado en su despacho, solamente arma el caso a partir de las piezas probatorias suministradas por las partes y aplica la norma jurídica vigente, luego de liberadas la totalidad de las de reglas procedimentales, entonces, tal vez, un robot podría efectuar ese cúmulo de operaciones con mayor eficacia, corrigiendo, si se quiere, el problema de la congestión judicial y la lentitud en la publicación de la sentencia.

Pero si tal imaginario atemoriza, como en efecto le sucede al autor de este artículo, es porque se entiende que en la elevada labor de administrar justicia intervienen sensibilidades adicionales, pulsaciones humanas diferenciadas, casuísticas muy finas que no se pueden prever con antelación a la radicación de la demanda y que en el fondo significan que se administra una justicia incrustada en la realidad social, no en lo etéreo y abstracto, sino en lo corpóreo y lo material.

⁸ “Preferimos que dicho juicio se ciña a unas reglas de juego en las que imperen el estricto respeto a las normas de procedimiento, a las nociones de la carga de la prueba, al cabal derecho de defensa, a la bilateralización de todas las actuaciones y, desde luego, a la garantía de obtención de una verdad –menos pretenciosa que la material, pero más ajustada a la que surge de un proceso– como es la relativa, forense o meramente procesal” (Hernández Villarreal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, 921).

Además, ¿qué sentido tendría configurar un sistema jurídico en que se conciba el derecho procesal como instrumental del derecho sustancial, en el que a cada derecho corresponda una acción judicial para protegerlo, si al juez se lo priva de cualquier posibilidad investigativa y se lo imbuje en la rigidez de fórmulas predispuestas que, como se expresó antes, no solo no promueven la búsqueda de la verdad, sino que la opacan en ciertas ocasiones? Es como guarnecer a un ejército sin municiones.

Pero cualquiera que sea la visión que se adopte o, si se quiere, la ambivalencia que produce el movimiento pendular entre los extremos de lo dispositivo y lo inquisitivo en el ámbito procedimental, es relevante considerar un ingrediente adicional: el neoconstitucionalismo. Luis Carlos SÁCHICA describe el fenómeno así:

La verdad es que la cosa política se ha relativizado, pragmatizado y, con ello, el constitucionalismo liberal, cumplida su misión, está de capa caída.

Su propósito fue someter el poder a pauta normativa previa, que equivale al Estado de derecho. Lo logró. Ese es el modelo dominante en el mundo de hoy. El totalitarismo de derecho cayó derrotado en la segunda guerra mundial y, el otro, el socialista se derrumbó en la perestroika. Las dictaduras de cualquier corte han ido al desván de la historia. La revolución no está en boga. Las ideologías entraron en eclipse; las hegemonías doctrinarias están en el ocaso. Triunfó el pragmatismo. Y todo se unificó en el modelo de la democracia occidental.

[...]

Todo lo cual nos obliga a pensar si todavía se justifica la distinción entre Constitución y ley. ¿No sabrá ya la primera? A la gente le importa la norma de aplicación directa que regula su vida. No los principios, ni las declaraciones retóricas. Si no varía la ley, no le interesa el cambio constitucional. Vive en el nicho seguro de sus costumbres y los tecnicismos y las modas y escuelas jurídicas son entelequias tan ajenas a su mundo como la suerte de las galaxias.⁹

La noción de ‘neoconstitucionalismo’ implica bajar el texto constitucional del divismo literario en donde ha morado, aterrizarlo. La etimología del prefijo ‘neo’¹⁰ ya no es tan precisa a la hora de cartografiar la realidad constitucional, habida cuenta de que desde hace décadas se reclama que las garantías y los derechos contenidos en la parte dogmática de la constitución no sean meros postulados distantes, sino concreciones reales. Y, como es obvio, en la consecución de esas consignas programáticas tienen que intervenir todas las ramas del poder público y todos los organismos independientes que hagan parte del organigrama del Estado. El derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la salud, a la igualdad, no son asuntos reservados a la administración pública que diseña y ejecuta las políticas públicas, sino que son

⁹ Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 21.ª ed. (Bogotá, D.C.: Temis, 1994), 370 y 371.

¹⁰ Prefijo griego que se usa para indicar novedad.

mandatos que irrigan a toda la función pública, incluyendo, desde luego, a la rama judicial.

En Colombia hubo una cierta resistencia a aceptar la legitimidad de los fallos modulados de la Corte Constitucional cuando declaraba la exequibilidad condicionada de leyes expedidas por el Congreso de la República, bajo el entendido de que suponían una usurpación en la división de funciones trazada en la misma carta. También hubo disidencias en relación con las órdenes emitidas por jueces de tutela cuando conminaban la ejecución de una obra o actividad, o la prestación de un determinado servicio, esto es, obligaciones de hacer en su más clásica expresión. Se llegó, en los escenarios más fundamentalistas, a plantear la posibilidad de suprimir la acción de tutela¹¹ por un uso excesivo de la misma y porque presupuestalmente no era viable cumplir con las sentencias proferidas por los jueces.

Pues bien, el presente artículo pretende abordar la cuestión planteada desde dos aristas que teóricamente emergen del neoconstitucionalismo: el principio de igualdad material y su función modeladora en el proceso, si es que la tiene o debe tener, y, en segundo término, la noción de *lawfare* o guerra jurídica y su operatividad en escenarios de mayor o menor intervención judicial. Habrá cierto énfasis en el contexto particular colombiano, pero los razonamientos a los que se invita se pueden extender a la generalidad de países iberoamericanos.

Todo con la finalidad de aproximar una respuesta a la pregunta sugerida en el título: ¿es el llamado activismo judicial un mecanismo tuitivo de los derechos de los individuos y una talanquera que obstruye los potenciales excesos del Ejecutivo en regímenes presidencialistas, o es una intromisión indebida en competencias que no son inherentes al ejercicio de la administración de justicia?

1. Igualdad de armas: entre fusiles y caucheras

La aplicación a ultranza de criterios de igualdad formal en sede del procedimiento judicial en contextos de comunidades profundamente inicuas, no es ecuanimidad.

Así como la libre competencia económica entre compañías desigualmente provistas profundiza las diferencias y culmina extinguiendo a los más débiles, la concepción de un derecho procedimental con asiento en reglas fijas de movimiento abstractamente concebidas difícilmente resuelve la *litis* atendiendo a criterios definibles de justicia material.

Suele haber líneas jurisprudenciales uniformes en relación con la interpretación del derecho a la igualdad sobre el que se vertebran las constituciones modernas a lo largo y ancho del globo terráqueo. La Corte Constitucional colombiana lo expresa del siguiente modo:

¹¹ Véase “La tutela en peligro”, *Revista Semana*, 3 de agosto de 2003, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-tutela-peligro/59738-3>.

A diferencia del Estado de derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.¹²

Y, profesoralmente, es ya un lugar común o cliché, por lo contundente de la afirmación, explicar el referido principio en términos de “trato igual para los iguales y desigual para los desiguales”, lo que supone la incorporación cómoda de las minorías en el funcionamiento y andamiaje político-jurídico del Estado. Y que conste que esa evolución doctrinal del concepto se hace poco menos que inexorable en tanto que abreva de la más mínima aproximación intuitiva que el ser humano puede detentar sobre la justicia. Cuando una madre alumbró dos hijos, uno enfermo y otro sano, es normal que el primero, en su condición de vulnerabilidad, reciba más atención de su progenitora; las competencias deportivas están separadas por grupos etarios; el transporte público tiene sillas especiales para la tercera edad y las mujeres embarazadas; y así, un sinnúmero de ejemplos que no repugnan el sentido común de la colectividad y que justifican enteramente enfoques diferenciados.

¿Por qué, entonces, se le pide al juez que dispense justicia de espaldas a la realidad en que vive? El juez es, ante todo, un ser humano con conciencia social, con emocionalidad colectiva, incardinado en la vertiginosidad de los movimientos que le circundan. Como ser comunitario no arriba a su oficina por teletransportación cuántica, sino que soporta las inclemencias del tráfico, observa por la ventana la miseria cultural y llora, junto con los demás ciudadanos, el déficit de democracia que solivianta los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Precisamente, porque en el juez concurren las circunstancias descritas y en él subyace una experiencia de vida que configura sus rasgos identitarios e ideología, es él quien, de primera mano, percibe cuál parte llega al proceso con fusil y cuál con cauchera.

El derecho civil y comercial tienen como fundamento el postulado de la voluntad privada por la carestía del principio de libertad como pilar de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que acompañó a la Revolución francesa. Bienvenidas sean las consignas libertarias de las que se desprenden derechos vitales en los *proto*-Estados constitucionales: libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia, de culto, de empresa, de orientación política; siempre y cuando estos derechos no pierdan su racionalidad y contenido fundamental, esto es, en la medida en que no se empleen como dispositivos de acumulación de poder y opresión

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001.

violenta de aquellos cuya libertad se circunscribe a ámbitos materiales más reducidos, como parece que fue la evolución histórica de los Estados modernos. Aguilera Portales y Espino Tapias han analizado el fenómeno así:

Si bien es cierto que el Estado Liberal-individualista fue garante de los derechos del hombre, esta libertad desbordante tutelada por los Estados burgueses, permitió que, en su nombre, se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los derechos humanos descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad: la igualdad, que al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia.¹³

A medida que el Estado incrementó su intervención en la economía, porque, como señala Stiglitz, la mano invisible es invisible en tanto que no existe,¹⁴ la autonomía privada no resulta suficiente para explicar las relaciones de derecho privado entre individuos desiguales. Todos los conceptos desarrollados posteriormente que se refieren a los contratos de adhesión a contenidos predispuestos, a la nulidad de las cláusulas leoninas, la misma teoría del abuso del derecho de Josserand,¹⁵ enseñan que al igual que en el mundo económico, en el mundo jurídico suceden desviaciones. Cuando el prestatario acude a la institución financiera a obtener un crédito, apurado porque no tiene cómo sustentar a su familia, difícilmente podrá negociar elementos contractuales, como la tasa de interés o plazos de pago; cuando un desplazado por la violencia requiere vivienda, seguramente aceptará el canon de arrendamiento definido unilateralmente por la inmobiliaria; cuando el desempleado finalmente recibe una oferta laboral, se conformará con suscribir la minuta estandarizada que el empleador le pone sobre el escritorio, y tan evidente es la situación en este último escenario, que hubo la necesidad histórica de diseñar toda una novedosa disciplina jurídica que extrajera el contrato de trabajo de la figura civil del arrendamiento de servicios, lo que constituyó la genealogía del derecho laboral.

Y si hay desigualdad en la contratación, también hay desigualdad en la resolución de la controversia que eventualmente surja de esa contratación, y detrás de esta afirmación hay más que una óptica de clase. En realidad, muchas figuras canonizadas del derecho procesal han tenido que elongarse para permitir la cabida de criterios de

¹³ Rafael Aguilera Portales y Diana Espino Tapia, “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política* 12 (2010): 50.

¹⁴ El premio nobel de economía suele usar irónicamente esa expresión para denotar que los mercados no regulados producen externalidades negativas difícilmente corregibles. Al respecto, véase David Cufre, “La mano del mercado no es invisible: no existe”, *El País*, 22 de agosto de 2002, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-9212-2002-08-22.html>.

¹⁵ Sobre el desarrollo de la concepción teórica del abuso del derecho, Louis Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (Bogotá: Temis, 1982).

ecuanimidad fáciles de detectar, con todo y que en tales malabares pseudocientíficos se siga apelando a un estilo eufemístico para no confesar, de frente, lo que emerge como verdad incontestable, esto es que, a pesar de los adornos y embelecios, el poder oculto que tiene el juez y del que no se le puede privar, es de magnitudes egregias.

Mucho antes de que el término ‘neonstitucionalismo’ se incorporara al vocabulario jurídico, y antes de que se promulgaran constituciones con catálogos tan nutridos de derechos de primera, segunda y tercera generación, ya los jueces tenían roles más significativos que la mecánica función de aplicar la norma correspondiente al caso concreto, con el pretendido resultado de haber hallado la solución única. Lo que sucede es que esa mayor intervención judicial quedó camuflada en las excepciones que jurisprudencialmente se creaban a la regla general procedimental, y ese disfraz surgía de un prurito tradicionalista que veía con malos ojos un intervencionismo desmedido.

“Activismo judicial” es una expresión peyorativa que denota una extralimitación en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales y un adentramiento del juez en el diseño de políticas públicas. Lo que no se quiere ver es que tal extralimitación no existe porque el juez, al arbitrar la controversia, necesariamente debe tomar partido respecto del sustrato mismo del pleito, es decir, de los hechos; y porque no es negativo que participe en la formación de la política pública puesto que a tal proceso deben concurrir todas las ramas del poder, incluso, la misma ciudadanía en democracias participativas.

En sustento de lo expresado se pueden considerar, al menos, los siguientes aspectos:

- i) La disposición procesal indica que incumbe al actor probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue. Entonces, la carga de la prueba de los hechos en que se fundamenta la pretensión corresponde al demandante. Esa es la regla general y tiene sentido desde la perspectiva de la lógica formal. Decía el escritor Fernando Vallejo, en una de sus “peroratas” sobre teología, que “al que afirme que existe una montaña de diamante en Marte le toca probarlo, a mí no me toca probar que no existe”.¹⁶

Y, ¿cuál es la excepción a esa regla?: la carga dinámica de la prueba, que en Colombia se reconoce, jurisprudencialmente, desde antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991 con ocasión de un fallo de responsabilidad médica en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.¹⁷

¹⁶ Fernando Vallejo, *Peroratas* (Bogotá: Alfaguara, 2013), 192.

¹⁷ “Es así como el primer hito jurisprudencial que evidencia el inicio de la aplicación de la teoría de la carga dinámica probatoria se da en el Consejo de Estado en el año de 1990, con la ponencia del doctor Gustavo de Greiff Restrepo el 24 de octubre, bajo el expediente N° 5902, en la que se indicó que ‘que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica’ [Leydy Chinchilla, Carlos Roa y Wildes Cedeño, “La carga dinámica de la prueba la protección del derecho a la igualdad en el Código General del

La filosofía y razón de ser de la carga dinámica de la prueba es, en el fondo, la consecución de la igualdad material entre los sujetos procesales, porque no siempre uno está en mejores condiciones de probar algún suceso, que el otro.

Res Ipsa Loquitur (“la cosa habla por sí misma”) fue el sintagma empleado en responsabilidad aquiliana para modular el estándar probatorio pétreo en cuya virtud al actor correspondía probar los hechos en que sus pretensiones se sustentaban. Por ejemplo, cuando un paciente, luego de ser sometido a una intervención quirúrgica, terminaba con un implemento médico dentro de su cuerpo que degeneraba en infección, era tan protuberante el yerro en el despliegue de la operación, que exigirle que, lego en el oficio, demostrara y explicara la negligencia del galeno, hubiera sido un contrasentido.

Pues bien, la fuerza de la realidad manifiesta desequilibrios tan hondos como el descrito. Cuando es el ciudadano quien tiene que demandar al *trust* o a la gran corporación, cuando es el usuario quien tiene que demandar al hospital, cuando es el prestatario quien necesita demandar al banco, no siempre se halla en condiciones reales de probar los hechos, y por reales se alude, incluso, a criterios sociológicos y psicológicos, que por más que aturdan la cientificidad del derecho como sistema, están presentes.

De cualquier manera, la carga dinámica de la prueba coexiste hoy en día con los sistemas procesales dispositivos, adversariales, acusatorios, o cualquiera que sea el adjetivo que se acompañe para referir un sistema esencialmente impulsado por las partes, que no por el juez; y, ¿si no avergüenza pensar que el juez disponga sobre el *onus probandi* atendiendo a las circunstancias concretas del caso, debería suceder al contrario con el decreto oficioso de pruebas? Tal será el aspecto que se analice a continuación.

- ii) El profesor Marcel Silva Romero, reconocido laboralista, decía en una conferencia dictada en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, en 2014,¹⁸ que de los 22 millones de trabajadores que hay en Colombia, solo 15 millones recibe la totalidad de prestaciones laborales ordenadas por el Código Sustantivo del Trabajo. Además, señalaba que esa nefasta coyuntura tiene lugar y puede tener lugar en tanto que se apela al mismo sistema jurídico para dar apariencia de legalidad a una situación de irregularidad: el contrato realidad, que no es otra cosa que calificar una relación estricta de trabajo como de prestación de servicios para evadir el pago de las prestaciones sociales imperativamente dispuestas para ese vínculo contractual.

proceso”, *Revista Hipótesis Libre* 17 (2017): 4, <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/274/271>].

¹⁸ Para esta excelente presentación donde se abordan diferentes aspectos relacionados con las reformas a la justicia en Colombia desde una perspectiva social, véase <https://www.youtube.com/watch?v=NoA3ta64UD4&t=745s>.

Aparte de ser un muy dicente relato de la precariedad con que se mueve el mundo del trabajo, atina a encontrar el busilis de la cuestión referente a la prueba de oficio, esto es, el elemento de ocultación de la conducta. Si el empleador pretende exonerarse de sus obligaciones legales, seguramente no querrá dejar rastro de su obrar malintencionado, pagará salarios menores en efectivo, no afiliará al empleado a ninguna institución formal de seguridad social, no habrá siquiera registro escrito del contrato. Entonces, cuando el trabajador pretenda demandar, si es que supera el temor de las represalias, ¿qué pruebas se le exigirá que aporte con su demanda?

Se podrá decir en contra de la anterior argumentación que ese suceso tiene lugar en el marco del derecho laboral que parte de una asimetría de base entre los dos extremos de la relación, pero está visto que esas mismas asimetrías operan con mayor vigor, inclusive, en el ámbito civil y comercial, con una añadidura: también en estos terrenos puede ser esencial el elemento del camuflaje en la configuración de la actividad censurada. La simulación, por poner un ejemplo, exige el *consilium fraudis* entre quienes la ejecutan para engañar a terceras personas, como cuando un sujeto finge vender su apartamento para que este no pueda ser perseguido por su acreedor.

Y el abanico de posibilidades se incrementa teniendo en cuenta los aspectos motivacionales y la causa impulsiva particular en la contratación privada. El dolo definido como maquinación fraudulenta, la gradación de culpas en la responsabilidad contractual y la mala fe como concepto jurídico indeterminado impregnan las codificaciones civiles y comerciales, al mismo tiempo que descubren que en el pleito no solo es importante el *onus* (quién debe probar), sino el *thema* (qué se debe probar) y en esa reconstrucción fáctica debe colaborar el juez, pues las partes no tienen abiertas todas las puertas para desarrollar una actividad averiguadora tan completa, a veces, hasta psíquica.

A este propósito escribe Alejandro Nieto:

En la jurisprudencia española actual sigue vigente, y con la categoría de dogma intocable, el principio (obsoleto ya en el resto del mundo) de que la sentencia se articula sobre un silogismo de subsunción, cuya premisa mayor es la norma abstracta aplicable y la premisa menor el supuesto de hecho examinado, deduciéndose el fallo mediante la subsunción del hecho en la norma. Por ejemplo, considerando que el art. 1902 del código civil dispone que “el que causa daño a otra mediante culpa o negligencia está obligado a indemnizar el caño causado”, y considerando que A. ha producido por negligencia un daño a B., la conclusión es que A. debe indemnizar a B. el daño producido. Nada más fácil a primera vista, puesto que el manejo de este silogismo se enseñaba antes en lógica a los niños de trece años y hoy está al alcance de un programa informático elemental. Lo que sucede, sin embargo, es que la sentencia es

infinitamente más complicada, pues las dificultades aparecen antes de armar el silogismo, es decir, a la hora de determinar si A. fue el autor del daño, si actuó con negligencia, si estaba legitimado para producirlo y en qué medida participó B. en la acción. Estos son los problemas y no los del silogismo y es inconcuso que con un método lógico no puede adquirir el juez los datos que necesita para resolver.¹⁹

Si se concuerda con que la dificultad de los casos no está en la norma aplicable, sino en la demostración de los hechos acaecidos y que esos hechos son difícilmente accesibles para el actor, entre otras cosas, porque su contraparte está intentando ocultarlos,²⁰ no queda otro camino que reconocer que el árbitro emplee los mecanismos a su disposición provistos y no renunciar tan apriorísticamente a la dispensación real de justicia, so pretexto de solemnidades procesales. Pero que quede claro que con lo expuesto no está incurriendo en la ingenuidad de pensar que el proceso humano puede siquiera rozar la verdad histórica de sucesos pretéritos, pero sí intentar aproximarse a ellos de la forma más fidedigna posible.

El abogado de las partes no puede acceder irrestrictamente a locaciones, consultar expedientes, desarchivar folios, interrogar con efecto vinculante a terceros, cuestiones todas que están dentro de las posibilidades del juez revestido con *ius imperium*, y si las usa oficiosamente no es con intención de parcializarse en favor de uno de los sujetos procesales, sino de descartar hipótesis, comprobar razonamientos, inferir posibilidades, atar cabos, concatenar indicios y fallar con un grado idóneo de tranquilidad espiritual, porque su mente no funciona en clave de normas jurídicas, sino como la de todos los seres humanos, con impulsos y dubitaciones que exigen niveles de averiguación y verificación.

- iii) Inmediación, concentración, oralidad y demás principios que componen la probática moderna intentan generar contacto del juez con el medio de prueba, en contraste con los procesos escriturales en que los hechos se reconstruían sobre cargamentos enteros de papel y expedientes. Escrutando hondo en la razón de ser de estos postulados aparecen factores *metajurídicos* y elementos que podrían calificarse de “psicoprocesales”, que intervienen directamente en el proceso de estimación de las pruebas por parte del juzgador, aunque no se hagan explícitos en la motivación de la sentencia.

¹⁹ Alejandro Nieto, “Lo simulado y lo disimulado en la motivación de la sentencia”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 89 (2012): 509.

²⁰ “El tratamiento jurídico-procesal de los hechos ha sido y sigue siendo la parte más débil de la administración de justicia, y no en vano dio lugar esta perspectiva al nacimiento de la tesis llamada del *fact Scepticism* incardinada dentro del realismo americano” [Luis Muñoz Sabaté, *La prueba de la simulación*, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1980), 12].

Al final, la actividad cognoscitiva que se produce en la mente del juez es estimulada por el comportamiento que asumen las partes y los demás intervinientes en el proceso, del que se pueden desprender presunciones sobre la veracidad de las afirmaciones, conductas obstructoras o contumaces que refuerzan una determinada teoría del caso y que solo se hacen perceptibles cuando el fallador toca directamente el instrumento probatorio. Determinar cuestiones como el nerviosismo con que se rinde una declaración, las contradicciones en que puede incurrir un testigo, incluso movimientos oculares o coloraciones de la piel hacen parte de una psicología forense²¹ con que recientemente se entrena a los funcionarios judiciales para que elaboren sus razonamientos sobre bases lógicas más completas.

En definitiva, todas las instituciones vanguardistas que hoy son recibidas muy plácidamente por los códigos procesales, lejos de promover una pasividad judicial, están impulsando un activismo comprometido con la recta impartición de justicia: desde el abandono de complejos de interpretación tarifados para abrir paso a criterios de sana crítica hasta la modernización de infraestructura para viabilizar la oralidad reclaman un juez mucho más presente y activo en la resolución de las controversias.

Por esa vía, no solo se endereza la problemática relativa a la renuncia a la interposición de acciones y frustración de demandas por falta de confianza en el régimen, sino que se solidifica la rama judicial, impidiendo su instrumentalización y uso político extorsivo, como a continuación se expone.

2. Guerras jurídicas: las leyes son las armas; los jueces, el ejército que las dispara

Una forma de control total se ejerce sobre la ciudadanía en las postrimerías de la Revolución industrial y en la operatividad liviana de las economías de mercado. Las guerras abandonan, por lo menos esa es la tendencia, su cariz explícito acompañado de la estridencia del estallido bombas, para dar paso a un escenario pacificado de normalidad institucionalizada que apela a formas novedosas de disciplina social estructuradas sobre las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

Minerías de datos, redes sociales, publicidad en internet, que a través del desciframiento de patrones recurrentes de búsqueda induce al usuario al consumo de determinados productos, dominan las herramientas con que se adoctrina a la población y se le mantiene dentro del ritmo con que debe operar la democracia. El mapa geopolítico está cambiando, los actores de derecho internacional público son las grandes corporaciones, por encima de los Estados, y el proceso de globalización

²¹ El psicólogo Paul Eckman, a través de toda su obra, ha incursionado en la simbología y los significados de la expresión facial como reflector de emociones tipificadas.

desdibuja las fronteras rígidas con que se separaba a las naciones. Es de suponer que en esa evolución se aloje el replanteamiento de las viejas soberanías y surja, con más potencia, la *vexata quaestio* sobre los intereses económicos ocultos detrás del proceso de formación de leyes y, sobre todo, quiénes y con qué margen de acción las aplicarán.

Al respecto, Balakrishnan Rajagopal señala:

La forma de ejercicio de poder en el Tercer Mundo tiene también un aspecto burocrático propio, que consiste en técnicas diseñadas para observar, controlar, reformar y vigilar el comportamiento de los individuos, especialmente el de los pobres, dentro del Estado. Esta concentración sobre la población es especialmente intensa en relación con el pobre, que constituye un dominio principal para el ejercicio de la racionalidad gubernamental.²²

La profundidad con que se activan los dispositivos de vigilancia sobre la población, la manipulación de sus pulsaciones y la capitulación del pensamiento se corresponden con la necesidad de un esfuerzo intensificado del “cuarto poder”,²³ en una relación casi que directamente proporcional. El poder de la prensa y de las herramientas de comunicación, a través de propaganda insaciablemente repetida, promueve un proceso de introyección de modelos únicos de verdades universales en la mente de los receptores, que, por supuesto, no son irrompibles, pero sí generan resistencias y terquedades. Determinar quiénes son los héroes y quiénes los villanos, afirmar que el futuro está en nuestras manos, que la movilidad social depende del esfuerzo y la dedicación, son todas sentencias provenientes del más occidentalizado capitalismo, y no es que sean enteramente falsas, pero tienen la función de aliviar la existencia de las clases subalternas y mantener rígidos los pilares fundantes de la civilización con una oposición domada, movediza en el *statu quo*.²⁴

Todavía hay mucho de pensamiento crítico, de alternativas políticas y existenciales genuinas con las que cualquier individuo en este universo puede protestar, oponerse y dudar. No obstante, los centros de poder económico irradian hacia la periferia su onda expansiva inoculando reglas pretendidamente consensuadas en buena parte de las instituciones y por esta vía se resisten las manifestaciones de veleidat con contraataques más virulentos. El establecimiento tiene respuestas para que

²² Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo* (Bogotá, D.C.: ILSA, 2004), 38.

²³ Se refiere a los medios de comunicación y denota una fuente de irradiación de disciplina que opera paralelamente a los tres poderes tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial.

²⁴ “Los que hacen la política y sus proveedores de información de masas promueven sistemáticamente el pensamiento unidimensional. Su universo del discurso está poblado de hipótesis que se autovalidan y que, repetidas incesante y monopolísticamente, se tornan en definiciones hipnóticas o dictados” [Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional* (Barcelona: Seix Barral, 1972), 44].

“todo cambie y todo siga igual”, para que las fuerzas centrífugas sean relativamente débiles frente a las talanqueras de fuerte mármol que protegen la normalidad institucional con la venia de los medios de comunicación, una vez estos son digeridos por el respectivo sistema.

Con todo, el anterior es un relato de un totalitarismo peligrosamente revestido de democracia, porque la calificación de totalitario con que se pueda bautizar a un régimen depende de la efectividad con que se sofoquen las posturas alternativas, con independencia del grado de brutalidad empleado. Si el pacto social gira en torno al sostenimiento de intereses de grupo y exclusividades, el derecho, holísticamente concebido, puede ser una punta de lanza silenciosa, pero letal, una especie de derecho del enemigo si es que se puede usar figurativamente la noción propuesta por Günther Jakobs, cuando al referirse al “derecho penal del enemigo” aludía a un sistema sancionatorio que castigaba a individuos, no por delitos cometidos, sino por su peligrosidad para el sistema.²⁵

En cuanto a lo que tiene que ver con el proceso de confección y elaboración de la ley, se pueden relevar, al menos, estos tres aspectos esenciales:

- i) Imaginando que los congresos y parlamentos del mundo representan legítimamente la voluntad popular y que legislan científicamente y técnicamente de conformidad con ese mandato, aun contratando lingüistas para que redacten el articulado de las disposiciones, habrá polisemias, anfibologías, anomias, antinomias y otra suerte de variantes que ponen el balón en el terreno del intérprete. Este, navegando en esos pasadizos oscuros, deberá tener suficiente carácter y autonomía para no disparar las armas jurídicas en contra de los electores.
- ii) Infortunadamente, el órgano legislativo tiende a estar capturado por grupos económicos.²⁶ Si el cabildeo permea la estructura, la ley, ontológicamente considerada, reproducirá las jerarquías de clase dominantes en imperativos categóricos: reformas tributarias regresivas, flexibilizaciones labores que permiten despidos sin justa causa, cláusulas de permanencia en contratos comerciales, mayores exigencias para acceder a pensiones de jubilación y, en general, todo un arsenal que coopera con el mercado en la distribución de bienes y servicios, consolidando las distancias adquisitivas. En estos casos, el

²⁵ Por la vía del derecho sancionatorio, penal y administrativo se podrían cercenar derechos de oposición política, al ser confeccionada una serie de tipos penales e infracciones disciplinarias, de mera conducta o de peligro considerada simplemente amenazante del establecimiento, aun siendo intentada por vías democráticas.

²⁶ Muchos ejemplos se pueden citar en los contextos latinoamericanos, desde la financiación de campañas políticas con ingentes recursos provenientes de conglomerados económicos, hasta exigencias y presiones dimanantes de la escasez presupuestal del erario público para el desarrollo de infraestructura, lo que requiere inyección de capital privado a cambio de determinadas prebendas.

intérprete debe incorporar los criterios de igualdad material en sus decisiones para precaver la instrumentalización del derecho e, incluso, valerse de figuras como la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar normas transgresivas a casos concretos.

- iii) La prensa condena o absuelve antes de la emisión de la sentencia. Si poder legislativo, poder ejecutivo y cuarto poder están alineados, las formas de control serán particularmente sutiles, llegando al extremo de esconder sus rasgos totalitarios. Habrá siempre voces de disidencia tranquilizadas, marchas cívicas incorporadas al paisaje y cierto grado de concesión que simula un cambio hondo mientras mantiene aceitados los mismos engranajes. Si el juez no es imparcial frente al linchamiento mediático, el proceso simbiótico entre derecho y sociedad será traumático y en esa dialéctica discordante puede haber puntos de eclosión por trabarse la adaptación espontánea del ordenamiento jurídico a las exigencias biopolíticas.²⁷

Como se puede apreciar, todas las hipótesis planteadas requieren una lectura de la realidad por parte del juez antes de proferir su fallo y descubren la preponderancia de su labor en colectivos concentrados. La obsesividad judicial y el sometimiento de los funcionarios a los poderes hegemónicos paralizan el dinamismo espontáneo de la sociedad y sujetan la población a dictámenes no consensuados que terminan dopándola, esto es, resignando modos de protesta ante lo mayestático del aparato.

Así las cosas, el *lawfare* es definido por Camila Vollenweider y Silvina Romano como

...el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos) de modo que quede más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción.²⁸

El término ha sido empleado recientemente en países como Argentina, Brasil y Ecuador²⁹ para aludir a la instrumentación del derecho con fines de eliminación de opositores políticos que adquieren cierta relevancia y perspectiva de cambio

²⁷ La tesis del derecho vivo, de Eugene Ehrlich, implica entender la interacción entre la realidad social y el conjunto de normas jurídicas, y cómo estas últimas se adaptan progresivamente a las exigencias que espontáneamente van desarrollando las comunidades.

²⁸ Camila Vollenweider y Silvina Romano, "*Lawfare* o la guerra judicial en Argentina y Brasil", *Celag.org*, 16 de marzo de 2017, <https://www.celag.org/lawfare-o-la-guerra-judicial-en-argentina-y-brasil/#>.

²⁹ Se habla concretamente de las investigaciones penales seguidas en contra de Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa y Luis Inácio Lula da Silva.

frente al funcionamiento del sistema de privilegios tradicionales. Incluye una cierta aquiescencia del poder judicial para tomar decisiones sancionatorias sobre la base de un acervo probatorio prefabricado por los poderes hegemónicos, un estiramiento de figuras jurídicas para ser interpretadas a conveniencia de los atacantes y un despliegue mediático asfixiante que tiene como propósito legitimar la decisión tomada *ex ante*, en el núcleo de la ciudadanía por la vía de tocar sensibilidades con lemas propagandísticos, como la lucha contra la corrupción y la proximidad del fantasma del socialismo.

Más allá de las minucias procesales y de la referencia a casos concretos, es de suponer que ni el “activismo judicial”, ni el “garantismo procesal”,³⁰ ni ninguna postura intelectualmente honesta acerca del funcionamiento de la rama judicial avalaría la pretermisión del derecho de defensa y la posibilidad de condena, civil o penal, sobre suposiciones o elementos que no generen convicción fuera de la duda razonable. Pero, es claro que solemnizar hiperbólicamente el procedimiento y limitar las facultades naturales del juez que mucho tienen que ver con la observación factual de la realidad, mengua su presencia en el interior del Estado y, una vez debilitado, es fácilmente absorbible por los poderes existentes; en consecuencia, no les ejerce contrapeso suficiente.

Decir que el juez no puede ser activista es afirmar que no es un agente de transformación social, que es casi un convidado de piedra frente a la configuración de las relaciones de soberanía que se gestan en el colectivo humano y, en tal sentido, que no tiene dientes para detener atropellos impulsados desde otras ramas del poder público en detrimento de la democracia. Sin embargo, tal proposición no solo niega la historia del devenir jurídico, sino su misma perspectiva de cambio. Las transformaciones sistémicas suceden de forma localizada en pequeños subconjuntos poblacionales que se van gradualmente expandiendo. Es la resolución del caso concreto lo que va creando reglas jurisprudenciales extrapolables a situaciones análogas, mismas reglas que luego sirven para volcar el ordenamiento e instituir visiones reformadoras.

Los derechos, al igual que las historias, admiten más de una narrativa, se pueden contar desde más de una perspectiva. Si los jueces selectivamente silencian una de las dimensiones de los derechos estarán reificándose a sí mismos,

³⁰ La diferenciación entre garantismo procesal y activismo judicial se fundamenta, resumidamente, en el grado de capacidad que tenga el juez de desarrollar actividades investigativas para escudriñar en los hechos de la controversia. El profesor Hernández, que asume una postura opuesta a la sostenida en el presente artículo, así lo señala: “Los planteamientos del garantismo son minoría y adquieren un matiz crítico de la anterior concepción del derecho procesal, en la medida en que esta corriente afirma que, a su juicio, el activismo resulta inconstitucional como quiera que, en lugar de desarrollar un proceso que cual método de debate pacífico y dialéctico permita el libre enfrentamiento entre dos antagonistas ante un tercero imparcial, pugna por robustecer los poderes del juez (en detrimento de los de las partes), y concibe al proceso como un medio de investigación de la verdad real o material” (Hernández Villarreal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, 891).

cosificándose, sirviendo de medios para los fines de los poderes establecidos. Cuando esto último sucede, solo habla la voz hegemónica del derecho y no la contrapartida en la que mora el débil: se predica como incuestionable el derecho de propiedad, pero apenas se vocifera sobre su función social y ecológica; se exagera el derecho a la libre competencia económica, pero apenas se produce un murmullo sobre quiénes son los que compiten y cómo la desregularización conduce al monopolio; se sacraliza la libertad de prensa, pero no se dice quiénes son los dueños de los medios de comunicación; se habla de pleno empleo, pero no de las condiciones en que tiene lugar. Dos caras de una misma moneda, lo que exige la más fina interpretación del órgano judicial a efectos de determinar cuál cara permanece oculta y cuál se visibiliza.

Así las cosas, una guerra jurídica es más compatible con una pasividad judicial que aproveche las grietas de una justicia aminorada para ingresar por aquellos agujeros e instalarse indefinidamente. En la medida en que la administración de justicia no tenga la capacidad de controlar a los otros poderes del Estado termina, por inercia, adhiriendo a ellos y sirviendo a sus intereses. En contraste, una fortaleza notable en el ejercicio judicial realiza el postulado de “pesos y contrapesos” que justifica los modernos Estados de derecho, y por ese camino, se precaven las interferencias indebidas: siempre será más difícil penetrar una justicia robusta que una blanda. A ese respecto, de forma conclusiva, es conveniente anotar tres puntos:

- i) Por supuesto que los sistemas de elección y nombramiento de empleados judiciales y jueces deben obedecer al mérito; de hecho, así lo señalan la mayoría de constituciones latinoamericanas. El problema radica en el estado de cosas abiertamente inconstitucional cuando los concursos públicos no son convocados o, si lo son, se ralentizan injustificablemente. Esa vía torticera estimula nombramientos en provisionalidad que responden a cercanías con agentes directivos en el interior del mecanismo y crea la externalidad negativa de admitir jueces con compromisos o con favores pendientes de pagar.

La consecuencia es que la atomización de esta categoría de funcionarios empieza a erosionar el funcionamiento sistémico de la justicia y a reflejar, como totalidad, los intereses económicos o de partido político predominante en clara anuencia con los ingredientes teóricos del *lawfare*.

- ii) El artificio de arreglo institucional que ocurre en Colombia sobre la base de que los altos funcionarios del Gobierno y los congresistas sean juzgados por la Corte Suprema de Justicia, y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia investigados por un órgano adscrito a la Cámara de Representantes³³¹ (Poder Legislativo) resulta ser una imbricación contraproducente.

³³¹ Véase Carolina Guevara “Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia”, *Revista Estudios Socio-jurídicos* 27, n.º 2 (2015), doi: <https://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>.

Inconcuoso es que la manifestación más ostensible de guerra jurídica se opera en contra de líderes de oposición que pueden haber ocupado altos cargos e intentado aplicar políticas reformistas ulteriormente bloqueadas. Esos funcionarios de oposición serían juzgados por magistrados que le tengan algún temor o manifiesten alguna deferencia respecto del partido político dominante, cuyos miembros investigarían, penalmente, a esos mismos magistrados.

iii) Por último, la reivindicación de los valores de la rama judicial y la afirmación del juez como sujeto idóneo para participar en la evolución jurídica y social se traduce en una solidificación institucional mucho más adversa al riesgo latente de corrupción, que se tiene que repeler bajo todas las circunstancias, en todas las modalidades y en cualquier cuantía.

Bibliografía

Fuente doctrinal

- AGUILERA PORTALES, Rafael y Diana ESPINO TAPIA. “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 12 (2010).
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editado por F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid: Aguilar, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1998.
- CHINCHILLA, Leydy, Carlos ROA y Wildes CEDEÑO. “La carga dinámica de la prueba la protección del derecho a la igualdad en el Código General del proceso”. *Revista Hipótesis Libre* 17 (2017), <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/274/271>.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- CUFRE, David. “La mano del mercado no es invisible: no existe”, *El País*, 22 de agosto de 2002, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-9212-2002-08-22.html>.
- EHRlich, Eugene. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1913.
- FRANK, Jerome. “Law and the modern mind”, 15.^a ed. Gloucester, Mass: Peter Smith, 1970.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México D. F.: Siglo Veintiuno, 1975.
- GUEVARA, Carolina. “Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia”. *Revista de Estudios Socio-jurídicos* 27, n.º 2 (2015). doi: <https://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>.

- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”. En *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Editado por Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre, 2013.
- HOBSBAWM, Eric. *La era de la revolución: 1789-1848*, 6.^a ed. Buenos Aires: Crítica Grupo Editorial Planeta, 2009.
- JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1982.
- KAFKA, Franz. *El proceso*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2006.
- “La tutela en peligro”. *Revista Semana*, 3 de agosto de 2003. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-tutela-peligro/59738-3>.
- MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*. Barcelona: Seix Barral S.A., 1972.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1972.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba de la simulación*, 2.^a ed. Bogotá: Temis, 1980.
- NIETO, Alejandro. “Lo simulado y lo disimulado en la motivación de la sentencia”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 89 (2012).
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El derecho internacional desde abajo*. Bogotá D.C.: ILSA, 2004.
- RIVERO, Jean. *Páginas de derecho administrativo*. Coordinado por Libardo RODRÍGUEZ. Bogotá: Temis, 2002.
- RODRÍGUEZ CRUZ, Alberto. “Escuela de derecho libre”. *Grado Cero Prensa*, 18 de mayo de 2018, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2018/05/18/escuela-de-derecho-libre/>.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 11.^a ed. Bogotá, D.C.: Temis, 1994.
- SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado*. Buenos Aires: De Palma, 1946.
- VALLEJO, Fernando. *Peroratas*. Bogotá: Alfaguara, 2013.
- VOLLENWEIDER, Camila y Silvina ROMANO. “Lawfare o la guerra judicial en Argentina y Brasil”, *Celag.org*, 16 de marzo de 2017, <https://www.celag.org/lawfare-o-la-guerra-judicial-en-argentina-y-brasil/#>.
- VOLLENWEIDER, Camila y Silvina ROMANO. “¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo”. *Celag.org*, 16 de marzo de 2020, <https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/>.

Normas jurídicas y jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1064 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-622 de 1998.

LEY 1564 DE 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso en Colombia y se dictan otras disposiciones”.