

ACTIVISMO, PROTAGONISMO Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL. JUDICIALIZACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Víctor Alfonso Castrillón Muñoz

Resumen

Se enfoca la presente disertación en el planteamiento crítico, entendido el mismo desde lo axiológico, de las relaciones entre doctrina, jurisprudencia y realidad social, con enfoque hacia el papel protagónico enmarcado en el activismo, protagonismo y responsabilidad judicial y las funciones que se atribuyen desde la misma visión, al operador jurídico y al juez constitucional, se muestran los conceptos de autores norteamericanos, derecho comparado y el aporte jurídico colombiano, la ejecución operativa de la norma se establece dentro de los principios de lo indefinido e indeterminado y de la conceptualización ambivalente o sesgada por operaciones mentales, que podrían estar inmersas en la insania mental por adolecer de especificidad.

Palabras clave: activismo, protagonismo y responsabilidad judicial, teoría del caos e insania mental.

- * Estudiante de V Semestre. Programa de derecho nocturno, de la facultad de ciencias jurídicas, sociales y humanísticas de la Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira. (2010). Escrito en el que aporta la visión de un estudiante, de acuerdo con los planteamientos críticos desde la doctrina y la jurisprudencia, la filosofía jurídica, la realidad social, en el que se analizan conceptos de autores nacionales y norteamericanos, en consonancia con la literatura jurídica, filosófica y social revisada.

ACTIVISMO, PROTAGONISM AND JUDICIAL RESPONSIBILITY. JUDICIALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract

This paper is focused to axiological knowledge of Colombian laws and judicial responsibility, activism and juridical protagonists. Tries to right way and compare laws in other countries, conflictivism and functionalism are confronted as normal topic when an actual individual growth tendency is defended by arguments of pro-homine principle as part as human beings in social systems. Chaos Theory and Mental Insanity explain better pros and cons under social behavior:

Keywords: activism, protagonism, individual and social systems, chaos theory, mental insanity

Introducción

La participación de los estudiantes de derecho en las discusiones que se generan sobre los temas de la ciencia jurídica, más que un reto es un acercamiento ordenado desde el punto de vista fáctico, dialéctico y epistemológico a una de las realidades en las que lo emocional, la moral y el derecho tienen una relación aparente.

De similar manera y desde este enfoque, los estados de ánimo o emocionales, el arte, la valoración probatoria, la ley y la participación proactiva del operador jurídico, se plantean y son desarrollados ampliamente en teorías, las que en muchas oportunidades no definen pautas a seguir, solo en el mejor de los casos dan recomendaciones y dependiendo del autor, argumentación crítica, en dirección a lo axiológico, esas influencias se explican en mayor detalle.

A. Los estados de ánimo

Son tomados para soportar el mayor escollo en la actuación imparcial, ocurre en una supuesta división virtual de los cambios en el afecto del individuo ante el conocimiento.¹ La Imparcialidad lleva como fin ideal conducir con facilidad, ubicar, concientizar, describir, introspectar, influenciar el insight y posiblemente encontrar ejemplos propios que adaptan cada situación particular, al pensamiento individual, en acuerdo con la experiencia (elementos empíricos), en forma razonada y sin recurrir a explicaciones complejas (análisis lógicos o de argumentación hermenéutica) o indagar in extenso para establecer nexos de causalidad en situaciones de la realidad social, ajustados a un modo aceptado de actuar, dentro de los límites de lo lícito y la prosperidad general, mediante la

comparación con eventos previos propios para un operador jurídico (precedente horizontal), de altas cortes (precedente vertical) de Corte Constitucional (precedente constitucional), de tratados internacionales incorporados a la normativa (bloque de constitucionalidad) y del derecho comparado encontrados en la jurisprudencia extranjera. Aquí se recurre a la fuente basada en el Principio del Derecho Universal Artículos 93 y 94 superior, lo que dicho sea de paso, empieza a ser muy familiar debido a la importancia actual en el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina nacional, que obviamente, se entiende Bona fide (artículo 83 superior), la concordancia con la normativa, conocida por las partes intervinientes en el proceso, manifestada en la ratio decidendi, en correspondencia con el decisum, *lex artis ad hoc*.² Así expuesto, el principio es aparentemente sencillo, pero puede no ser lógico o racional o justo, depende del enfoque sistemático (lineal, no lineal, circular, desde lo cuantitativo o cualitativo) que se emplee. Ejemplos:

Dependencia lineal, sea, $A + B = C$, $1 \text{ o } 2 = A$, $1 \text{ o } 2 = B$, $C = 2 \text{ o } 3 \text{ o } 4$,

Fuentes de la verdad subjetiva y verdad objetiva,

Entonces, $V. S + V. O = \text{Verdad única (Unidad de Verdad)}$, es, lo que es, Contrario al error, lo que no es³. Lineal Sencillo = nexo causal unidireccional.

Según este análisis no existen verdades a medias o dudosas, en la lógica clásica o de las proposiciones, la validez del razonamiento, solo da lugar al valor verdadero o falso, dicotómico o binario, mutuamente excluyentes.

Se complica un poco, en la dirección no lineal, si no existe nexo causal aparente, A no conduce a B.

No se relacionan, pero el evento ocurre y el resultado no esperado, también.

Los interesados en el tema pueden indagar por lo explicado en los sistemas complejos, identificados plenamente desde hace milenios, por la Teoría del caos,⁴ parte del Principio de lo Indefinido, Indeterminado o de Estructuras Disipativas,⁵ entendido como el alea o azar, aunque ese azar, es en cierto sentido, el resultado esperado de actitudes humanas contrarias a unos principios definidos en forma y de beneficio colectivo.

El Último sistema es aquel de tipo circular, en el que A da origen a B y B a A, es conocido como evento circular o de retroalimentación positiva o negativa, feed back + O-.

La retroalimentación negativa tiende a corregir errores y a volver las cosas a su estado primigenio (rescisión) obviamente con el efecto que hasta ese momento produjo. La retroalimentación positiva tiende a obtener un hecho, acontecimiento o producto nuevo, reversible o irreversible, perjudicial o benéfico. En términos absolutos esta fenomenología tampoco es aleatoria. Aquí cabe integrar lo expresado por los Deterministas y los partidarios de la Teoría del Caos dentro de lo Indeterminado, al menos lo actual indica que la creencia de ciencias exactas anotada para las Matemáticas y la Física es falsable desde el tiempo y la distancia, debido al movimiento, solo la visión del relativismo se impone y nos exige acuerdos y lealtad social mínimos y debe ir de la mano de conceptos del humanismo, si no se desea su desaparición o mayor confusión,

La Subjetividad,⁶ parte de la conducta y de la intencionalidad, es volitiva, es la etiología de multiplicidad de hallazgos, e

intenta explicar por qué la diosa Temis, se presenta con los ojos vendados, para evitar el prejuicio en sus apreciaciones con la visión de lo presentado, acto relativo, que da lugar a argumentar que también debería portar tapones para los oídos, y con ello anular la falsa apreciación, desde la retórica y desde metalenguaje, cargado de connotaciones que van más allá de lo expresado y de la metapolítica⁷, mediante enunciados que conducen a significados amplios, genéricos, naturales o desafortunados, sin expresar conceptos en concreto, sin compromiso, sin identificar, ni individualizar, obviamente con carácter ambiguo, confuso y en oportunidades diferente al de la realidad, expresado por quien lo emplea con el objeto de sacar ventaja.

B. *El arte jurídico*

El arte según el aporte filosófico, se entiende en la afirmación de principios y valores jurídicos, para el operador de la norma, para el docto, el derecho es arte, así, la subjetividad hace parte de la Interpretación con base en la moral (individual y social) y la objetividad con fundamento en la ley, brinda la capacidad para dirigir las acciones hacia un fin (para obtenerlo, se vale de medios exclusivamente naturales, mediante cosas y con el empleo de hombres)⁸, sin tener muy en cuenta como mediadores, a la naturaleza y "al alea", dando prioridad al empleo de hombres, permite la validez con rango de certeza, con el mayor soporte jurídico probable, sumado al principio del precedente, si la litis en evento similar, ha sido incorporada como precedente constitucional, basada en sentencias con efectos erga omnes o ratio decidendi vinculantes⁹, de tal manera, la decisión es simple.

De no ser ese el caso, la decisión debe ser elaborada y la motivación aun más, aunque se permiten excesos y defectos, la perfección posiblemente no se acerque tanto como la conveniencia de la mano con la legalidad, la última exige ser muy evidente, para luego, no incurrir en vicios de ilegalidad en las providencias emitidas, por error judicial, ahora llamado "causales genéricas de procedibilidad",¹⁰ término con valor en retórica jurídica, entendida la retórica en el lenguaje de Arno, Perelman, Ricoeur, Habermas (identidades) que define las formas del fallo jurídico y su aplicabilidad, desde lo negativo, por adolecer de sentido de proporcionalidad, racionalidad, unidad, pertinencia, ponderación y normativa actual subjetiva o en el espíritu de la norma de Montesquieu, esta última causal la más controvertida y que más conflictos genera, en el análisis hasta llegar a la relación causa efecto, elemento propuesto por Leibniz¹¹ como cuarto componente de la lógica formal y en la relación causa efecto unidireccional.

Probablemente en análisis sencillos, conocimientos generales bastan, si basados en el derecho positivo de Hans Kelsen¹² indubitable, objetivo, taxativo y reglado o en el derecho natural de principios y virtudes de post-guerra, propuesto por Ronald Dworkin, también una mixtura alternativa puede ser útil, incluso basados en métodos de corte empírico son suficientes, pero, cuando el *decisum* reviste mayor complejidad, es mejor declararse en rebeldía, ignorante o arrepentido¹³, disculpa argumentativa, si ser rebelde, ignorante o arrepentido, permite un cambio en el pensamiento y salir en defensa de un planteamiento antinómico, aunque si bien, la rebeldía, ignorancia o arrepentimiento, no es causal de impedimento para fallar y se

falla, ese momento crucial en el *decisum*, torna más intensa la Interpretación Hermenéutica¹⁴ de los afectados por el fallo y la confrontación de intereses, que desfavorece, que enfrenta la conceptualización racional del beneficiado y la irracional e injusta del sujeto procesal afectado, con la del juez. Otra opción es descollar con sapiencia y argumentar en forma excepcional, en la que ambas partes de la litis, se sientan conformes, ese es considerado el sentir del verdadero y convincente arte filosófico jurídico, del deber ser, con poder de convencimiento, al que todo operador jurídico debería dirigir sus providencias.

C. La valoración probatoria

La valoración probatoria, de los elementos, objetos, temas, órganos y medios de acuerdo con la sana crítica,¹⁵ debe efectuarse en todos los procesos que le lleguen a sus manos, para dar garantías procesales, acatar posibles impedimentos, solicitud, acción, decreto, oposición, tacha, conocimiento, recurso, incidente, consulta, cierre, límite, control constitucional e impartir justicia y que den a lugar, al emitir una Resolución, Decreto, Acto, Auto, Providencia, Fallo o Sentencia y precaver recusaciones.¹⁶ Por fuera de lo usual, se encuentran la tarifa legal, aplicada, prácticamente a raja tabla o en forma exegética, definidos por la constitución y la ley y por último, renace desde la tradición, "desde el mito", con el poder de la experiencia, la Intima Convicción, factible de infirmación en forma argumentativa de aquellos que lo olvidan y dan parte de desuso, cabe en la práctica su existencia en coordinación con los otros dos sistemas, no existe la posibilidad de desligar los fallos de la subjetividad basada en la conciencia, el análisis moral, siempre ligado al

derecho¹⁷ y de la carga emocional que se dé a los aportes probatorios de los sujetos procesales, para lograr establecer un *decisum*, la carga emocional positiva o negativa según el caso, influye obviamente, en la personalidad del operador jurídico, conceptos intrínsecos de construir la realidad, de donde parte el de verdad, con valores de justicia individual, social y sanidad física, mental y social, como aporte extra, la culpa social influye y necesariamente la transferencia individual de dicha culpa al fallar¹⁸, también, de ahí parte la explicación de derecho adjetivo, al calificar determinada conducta o comportamiento acorde, o no, con el análisis completo y la sana crítica, como responsable, con dolo o con culpa o sencillamente, inimputable, irresponsable o inocente.

D. *La ley y participación proactiva*

La misma normativa, le establece al Juez como mandato, fin de hombre (objetivo o por la fuerza, diferente al subjetivo o condicional), la obligación y la responsabilidad de fallar solamente respetando el imperio de la ley, artículo 230 superior, entendido que aquellos actúan por autoridad impuesta, bajo dominio o vasallaje, en la que el mérito de argumentar en desacuerdo, requiere alta preparación y erudición, el resultado es un desafío al absolutismo, con panorama desagradable, se vislumbran allí, abismos temibles a cada lado, como en la teoría de navaja de Echan u Ocam¹⁹, basada en el concepto que la explicación más sencilla o más evidente, es la más probable para la ocurrencia de cierto fenómeno, pero no siempre la explicación verdadera, el fraile de la historia se metió en muchos problemas ontológicos, al diferenciar los conceptos espirituales, de los materiales o temporales, porque contradecía las

explicaciones filosóficas de Platón, tomadas en cuenta nada más, ni menos que, por San Agustín de Hipona, padre de la Iglesia, por ello, podría decirse con la debida proporcionalidad que Ockham fue para la Iglesia católica, lo mismo, que el juez Marshall al derecho norteamericano. Metafora que determina la posible influencia de ciertos personajes en el imaginario colectivo de la sociedad.

Las decisiones judiciales están mediadas en la mayoría de los casos por las cargas dinámicas de los jueces, es decir sus propias convicciones, pero ajustados a una adecuada interpretación normativa, a fin de aplicar en la mayoría de los casos de un derecho justo, una cumplida justicia, dentro de las limitaciones que el acceso a la administración, pueda tener el usuario, lo que se está reflejando en unas nuevas tendencias y pensamientos que van en vía de cambio, en algunos conglomerados ilustrados, a pesar de resistencias obvias, por lo que se exige a cada momento, renovada motivación en el operador jurídico, para no incurrir en fallos con base en *minutas*²⁰, las que en el ambiente jurídico están al ralenti, tratando de ser adecuadas a las nuevas tendencias, al precedente. Casos famosos que sirven de referente para esta disertación, tenemos el caso *Marbury vs. Madison* y del famoso juez John Marshall, hito en la historia jurídica contemporánea, que no era un juez de un nivel básico o con autoridades en niveles con mayor jerarquía, que hubiesen podido controvertir sus planteamientos, desautorizar e incluso sumergir en procesos de carácter disciplinario, como aquel juez que no resolvió una acción de tutela en primera instancia por objeción de conciencia acerca del aborto²¹. El Magistrado Marshall quien era el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tuvo para la época,

entró en contradicción con el mandato de la misma ley, que le ordenaba ser su vasallo, sujeto de dominio y la sometió a revisión judicial, bajo el argumento que violentaba la Constitución Política de los Estados Unidos de América. Hoy a diferencia de 1803, es posiblemente más “fácil” argumentar con base en los principios generales del derecho y el respeto a la dignidad humana, aunque fallos anfibológicos y antinómicos son interpretados como fallos de activismo, protagonismo o políticos del Máximo Tribunal de esos Estados Confederados, principios y valores axiológicos que no pueden ser desconocidos, por qué desnaturalizan primero el rigor constitucional y segundo, la vigencia de un estado de derecho.

Activismo y protagonismo judicial

La Tendencia actual de la Institución Jurisdiccional según la doctrina jurídica, es redireccionada al estar dirigida al pensamiento colectivo, que el Juez, debe dejar de ser el ente estático o inerte, alineado con la política del momento, al que se aportaba todo el material probatorio impulsado por las partes, quienes tenían la obligación de suministrar la evidencia material y formal de los hechos para llegar a la verdad real, a él, el legislador le ha dado el poder de actuar de oficio, en los procesos de carácter dispositivo, opción poco aplicada para la magnitud del poder otorgado, pero el temor de la actuación en muchos casos, la sobrecarga de trabajo en otros, la falta de estímulos para emprender y comprender e ir un poco más allá de la exigencia, le impide tal iniciativa, al contrario de los jueces de las Altas Cortes, en los que el miedo a actuar está limitado por otro nexo de causalidad unidireccional, según expone Duncan Kennedy, en libertad y restricción

para la decisión judicial²² en asuntos de la Jurisdicción Norteamericana, mediada en muchos casos por Intereses, cita a Roberto Unger, para exponer los fallos mediados por intereses, los crítica de manera persistente, expone en la referencia como botón de muestra la huelga de trabajadores del transporte de Boston²³ los comentarios editoriales de Diego López nos introducen en un ejercicio pedagógico que indica cómo puede cuestionarse en su interior un juez, en todas las circunstancias posibles, susceptibles de ocurrir, según el fallo a proferir, a partir de la segunda operación mental supuesta, se infiere que en caso de ser “comprobado” tal fallo, en la edad media con cierta evidencia originada en una delación y que hubiese dado lugar a declaración de condena en una sentencia, de un juez superior, la obvia sanción para la época era ser despellejado vivo²⁴.

El asumir la responsabilidad de una decisión judicial es un trabajo complejo de la conciencia y del comportamiento, lo ideal, que se actué como lo explica Smith (1972) semejando un científico, que toma principios del derecho natural o *ius naturalismo*, según se expuso, poco usual, para los aferrados a la norma material, objetiva, sustantiva y procesal, pero de gran valor para los creyentes en principios y valores, acoplado con el *ius positivismo*. Deben aclararse todas las dudas procesales teniendo como fin el de ser justo y de hacer Justicia, principio fundado, no fundante, según Ulpiano, citado por Cicerón: “Dar a cada cual, lo suyo”, teniendo como de mayor jerarquía, el respeto a la dignidad humana, —la vida y la libertad— aunque existía pena de muerte, en el momento procesal correspondiente, el operador jurídico emprende las acciones o conjunto de actos establecidos en el debido proceso,

expresados en nuestra carta política, artículo 29, para dar cumplimiento a la norma, aplicándola, después de entender y tener certeza de la situación planteada, generada por el conocimiento del hecho a probar y de la verdad²⁵. Las partes también deben hacer uso del derecho reflejado en las acciones debidas para cada momento procesal, el procedimiento subjetivo y facultativo, es el modo en que lo hacen, o no, dependiendo del deseo de utilizar esa herramienta que la ley le asigne, para defender derechos e intereses y en tal virtud, se corresponda con el vínculo de causalidad, según afirma Carnelutti²⁶.

El activismo judicial²⁷ aplica según se entiende, a la acción desplegada, previamente, a los actos efectuados con anterioridad allegados al proceso o durante el aporte y valoración del material probatorio, según los elementos, indicios y/o evidencias, es entendido como aquel estado de conducta que impulsa el deseo del juez de llegar a la verdad real, única y motivada, artículo 187- 2 del Código de procedimiento civil Colombiano vigente, al menos de carácter axiomático, utilizando métodos y modelos establecidos por la propia normativa, jurisprudencia y doctrina, aunque las partes involucradas en la litis en el sentido amplio de la interpretación hermenéutica jurídica, pueden desplegar cierto activismo, como muestra del interés por aclarar de la mejor manera los hechos y las pretensiones, para contribuir a la certeza del juez en su decisorio, en consonancia con los principios de solidaridad, lealtad y buena fe procesal, por motivación formal o técnica o material, individual, complementaria o adicional.

La Corte Constitucional Colombiana en múltiples fallos, ha decantado las

bases de Apreciación y Sana Crítica con las que cuenta, de las que hace uso y llega a sus Comunicados, Autos, y sentencias, ejemplarizando las mismas para que en igual dirección se encause el operador jurídico, excepcionalmente cuando ordena fundamentado en una decisión constitucional y/o de tutela ordenar la práctica de pruebas, por lo que este tipo de digresión, se entiende con fines pedagógicos o de doctrina y de jurisprudencia, diferencia su análisis del efectuado por otro alto tribunal, con base en lo denominado por el ente constitucional, los Principios Procesales, probatorios del derecho, las Reglas técnicas y los Test, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos los tribunales de cierre, no tienen dependencia, competencia que está claramente definida en la carta política a partir del artículo 241 superior.

a. Principios probatorios: Contradicción, (Artículo 378), Licitud (Artículo 178), Publicidad (Artículo 377) y Preclusión (Artículos 136, y 184 del Código de procedimiento civil)²⁸. En los que se evidencian algunas diferencias significativas de acuerdo al área y de la herramienta procesal en la que se encuentren insertadas.

Por ejemplo: Presenta el elemento probatorio que debe ponerse siempre en frente del Juez, para cumplir con la contradicción de la contraparte y del debido proceso constitucional, infirmando o confirmándola como "plena prueba" no así, el hecho²⁹ y con mayor razón si previamente han sido decretadas³⁰. Los Principios se valoran y son susceptibles de aplicación de acuerdo con criterios jurídicos.

Otros principios probatorios, también son considerados a tener en cuenta, en menor

proporción, no así con menor valor: Necesidad, Eficacia jurídica y legal, Igualdad (proporcionalidad)³¹, de Unidad, Oportunidad, Concentración, Comunidad, Eventualidad, Oportunidades Probatorias, e Interés Público de la prueba.

b. Reglas Técnicas: También útiles como herramientas o instrumentos, no son per se de orden público³², o sea, contrario sensu a mínimos vitales irrenunciables o a normativa taxativa e imperativa, son normas procesales que según el criterio, pueden aplicarse o no, la pertinencia es inter partes, pero una vez aplicadas no se ponderan, solo entran en vigencia. Se mencionan:

La Mediación e Inmediación. (Artículo 181), por la imposibilidad que todas las pruebas las realice el juez y porque la Inmediación en el caso colombiano no debe sensibilizar a un jurado en forma inmediata, para dictar un fallo, como si ocurre en el common law, en algunos casos pueden delegarse o comisionarse.

La Exclusión o Rechazo, In limine, (Artículo 178), de toda prueba ilícita o de todo el material probatorio derivado de una prueba ilícita.

La Prueba de referencia es excepcional³³, así se conserva en el derecho procesal penal.

La Doble instancia, En ciertos procesos, solo aplica la única instancia³⁴, el acceso a los recursos respectivos, hacen que el principio del debido proceso tenga vigencia, en estos "procesos de excepción".

c. Test³⁵, constitucionalizan, igualan, dan razonabilidad y aplican la normativa en casos difíciles, con fundamento en la ponderación o balanceo y armonización

concreta, las dos últimas, técnicas aplicadas con mayor frecuencia por la Corte Constitucional colombiana, sujetas a similares principios, complementados con racionalidad, equidad, unidad y pertinencia, en razón al concepto de la dignidad humana y del ser humano prima facie, por existir antes que la norma, en tal medida, los derechos de los seres humanos en forma individual, son de mayor jerarquía, que los de la generalidad o sociales -*lo social tiene origen en el individuo*- o los del medio ambiente, son prioridad, cuando se vulneren o amenacen, y tal riesgo vulnera derechos fundamentales e incluso expectativas, relacionadas con: la vida, la libertad, el patrimonio (algunos tratadistas, lo excluyen), garantías adquiridas o derechos adquiridos³⁶, así catalogados se les conoce de orden público (irrenunciables) con vigencia individual, que permiten y defienden la supervivencia, la existencia como especie humana. Se incluyen también en esas prioridades, los *derechos de los menores*, que prevalecen (Artículo 44 superior, el riesgo: pueden usarse como un artificio, por los adultos), por ser el futuro, la esperanza, la conservación de la especie, de la identidad social, *de embarazadas, por el mínimo vital del menor*, por ser mujer, por su expectativa futura, *de minorías*, por estado de indefensión o *de discapacitados*, por la misma razón del grupo anterior, al igual que los de los ancianos y de los sindicalizados por razones de representación social.

Argumentos de activismo judicial, basados en la ontología del ser, en su defensa y teniendo como referente el más importante principio procesal: el *Debido Proceso*, Artículo 29 superior, según los doctrinantes, está definido en noción de conceptos:

1. Formal, procesal o sustantivo: Son las garantías que establece la ley para cada una de las partes, en forma individual, cuando acuden a un tercero en búsqueda de solución a un conflicto, aplica el derecho de jurisdicción, o sea, que la razón de ser de un juez, es la de prestar atención cuando se es requerido para dar fin justo a un conflicto.
2. Material, sustancial, objetivo o subjetivo: Son las exigencias que esas partes hacen al tercero y entre sí, de lo que se cree, a partir de lo establecido en la normativa, acogiendo a la buena fe y lealtad procesal, para obtener el cumplimiento de sus derechos (supuestos o probados) y libertades (supuestas o probadas), que exige del juez deberes y le asigna poder coercitivo.
3. Adjetivo: Es la Interpretación que efectúa el operador jurídico, reflejada en el decusum, de forma independiente, igualitaria, imparcial (sin beneficiar a alguna de las partes, sin desarrollar fuerzas Ultra vires o más allá, del poder otorgado), asignando a cada una de las partes, la capacidad proveniente del principio de la contradicción y según lo alegado y probado, confirmado y verificado, motivará el fallo.

Debe hacerse uso de la argumentación para persuadir el juez de la realidad y de la razón, antes que de la verdad, concepto que es establecido por Gozaini³⁷ quien considera que en esa situación particular, es deber del primero, tomar la iniciativa, para evitar desviarse del camino correcto y enderezar el rumbo, lo redirige y torna en garantista, le corresponde aplicar el principio de publicidad, cita en su disertación, a Klein que menciona

incluida en tal principio, la función social del proceso, mediante su uso racional, la incorpora, y no con fundamento en el Principio de autoridad por reserva legal judicial, cuando dicha función es ejercida por el juez o magistrado, solo en casos excepcionales, puede ser ejercida por otras autoridades.

Para el ejercicio de tal función social, la actividad del operador jurídico ha visto un cambio en general, según se despliega de variables que le dan vida al proceso y dinamizan el mismo, hace algunas décadas e incluso en algunos estados, se ejercía el poder de juzgar, delegado por el Estado, como deber sin excusa, concepto de *Juez delegado*, que actúa solo como intermediario del legislador, ahora como parte de sus funciones, incluye la de brindar las debidas garantías constitucionales a las partes, otorgada por la preexistencia de la reserva judicial que es progresiva y transcurre por periodos o instancias en las que una vez agotada la primera, continua la otra, sin suprimir parcial o totalmente los derechos de impulsar el proceso y contradecir, en esta variable puede asumir el juez, dos actitudes o una: la de espectador limitándose solamente a recibir el material probatorio aportado por las partes o actuar por su propia iniciativa dirigiendo el proceso, descartando lo insustancial, impertinente o inútil y aceptando lo relacionado con el tema probandum, ejercitando el "juzgamiento más que la composición"³⁸ sin desbordar la imparcialidad, la contradicción, la publicidad y la congruencia, pensamiento uniforme con lo generalmente expresado por la Guardia de Corps Constitucional con la Única arma valida, nuestra Constitución Política.

Desde la óptica del juez constitucional, para el autor como doctrinante, la

apreciación de conceptos puede variar con base en los Principios Constitucionales, por consiguiente, La normativa involucra, la constitución, tratados internacionales aprobados por el Congreso colombiano y la ley, en los artículos 4º., 93 y 230 superior, otras sinonimias a la norma también se describen como ordenamiento, marco y orden jurídico dentro del establecimiento jerárquico superior³⁹.

Menos claro es conceptualizar lo que se conoce como activismo o protagonismo judicial, término acuñado por la Doctrina a los fallos en los cuales se involucra el Establecimiento Jurisdiccional, por fallos de la Corte Constitucional y de las Altas Cortes, que marcan huella en la solución a conflictos sociales con asignación de funciones y acciones de cumplimiento, que obligan a la clase política, que son mal vistas o porque los legisladores son responsables de la acción y el cumplimiento de preceptos que ellos mismos establecen (la clase política), o por poner en evidencia la desidia, negligencia, los cambios burocráticos que entorpecen el funcionamiento o simplemente por mala planeación y desarrollo de los programas sociales, o por verse por mandato de un juez a cumplir obligaciones sociales, que han incumplido después de haberse comprometido a hacerlo.

El Modelo colombiano es *sui generis*⁴⁰, aunque no excepcional, el artículo 86 superior, le establece el carácter constitucional a cualquier juez, en el territorio colombiano, irónicamente algún jurista extranjero indicaba que nuestra constitución garantista no la tienen ni los "Suizos" a lo cual, con sapiencia se replica por R. Uprimny^{41,42}, "Afortunadamente para ellos, los suizos, no tienen los problemas que tenemos los colombianos, que tal que no fuera así, mediante procesos preferentes y sumarios⁴³" no es

presumible, ni presentable, ni siquiera imaginable, observar un juez en cualquier cantón suizo, arreglando problemas como cualquier juez colombiano que motiva un fallo, para la solución de un conflicto en relación con la trasgresión a un derecho fundamental, como la salud, la vivienda digna, el trabajo, la libertad, la dignidad humana o en problemas similares, que ya tienen probablemente resueltos en esa cultura desde hace muchas décadas.

Como supuesto procesal, se considera que no existe etapa probatoria, al interponer una acción de tutela verbal o escrita, artículo 86 superior, pero en la práctica, el juez de tutela, solicita la intervención de quien parte en forma indirecta, la acción, para documentar en la mayoría de los casos si lo considera necesario la presunta violación del derecho fundamental, e incluso la confirmación oral o escrita. Y de estar la misma, relacionada con la salud, puede ordenar incluso, la participación del médico tratante o de quienes expiden la aprobación de procedimientos de diagnóstico o terapéuticos, cuya negación por parte de las EPS, y ARS o ente gubernamental, trasgrede el derecho a la salud, para este caso, el que fue considerado fundamental por la H. Corte constitucional Colombiana⁴⁴.

Las Sentencias de Constitucionalidad y de Tutela, fundamentados en el principio de legalidad y de seguridad jurídica, admiten incidentes ante el juez constitucional antes del fallo definitivo o después, para que se decrete la nulidad del mismo, la Corte Constitucional colombiana les da curso en forma de Autos en sala plena⁴⁵. Existe también al mismo tenor el *Recurso de súplica*, ante la corte constitucional en los términos del decreto 2067 de 1991⁴⁶, cuando se rechaza una demanda de Inconstitucionalidad, para que ella en sala plena, defina el magistrado ponente

que sigue en orden alfabético a quien dictó el Auto de rechazo, quien cuenta con un término de 10 días para elaborar la ponencia, tal como establece el artículo 48 del reglamento interno de la corte.

Responsabilidad judicial

La Responsabilidad de los jueces en general es crucial, más aún, cuando se actúa con función de juez constitucional, si tenemos que la función de revisión efectuada por el alto tribunal es mínima, debido al gran volumen, como hecho notorio, solo se revisan un número cercano al 1:1000 de la totalidad anual, se extrae con meridiana claridad de lo anterior, que el Principio Pro Homine, se erige básicamente en el único principio constitucional Identificado e Individualizado, desde la pluralidad de los Derechos Humanos, que no se deben violentar y de la Dignidad humana como poseedores de carácter ontológico.

El carácter ontológico⁴⁷ se explica, según preceptos filosóficos desde Sócrates hasta Santo Tomás de Aquino, como la acción de los seres humanos, que depende de la virtud y se nutre de la fortaleza, justicia, sabiduría y templanza, posteriormente Jhon Locke⁴⁸ menciona el amor y en su medida, el único valor que nos une socialmente, que debemos brindar a los demás, partiendo del principio natural de la igualdad y en razón a la reciprocidad y a la no maleficencia, en razón, por el respeto a favor del hombre en lenguaje natural, como ser humano y a su dignidad.

El Protagonismo Judicial, de regreso a lo emocional y por tanto subjetivo de conceptos entendidos del derecho comparado y del derecho constitucional se encuentra justificado en la medida que ante la necesidad apremiante de la

población y la realidad social actual, se constituye en facultad consustancial a la función judicial, lo escribe la Dra. Balanta⁴⁹ se mira esperanzados hacia el juez constitucional como poseedor de una función fundamental asignada de facto, para la pronta y eficaz realización, solución y cumplimiento a ofrecimientos de carácter político, social, cultural, de educación, de trabajo, e incluso de vida, que le confiere el mismo contrato social, como de responsabilidad del estado y no se resuelve por otros medios, se evidencia en la gran cantidad de acciones de tutela interpuestas que sobrepasan según registra Molina B. C. corresponden a 90.000 al año⁵⁰, indudablemente se requiere preparación del operador jurídico para manejar tal actividad en forma racional y evitar el desborde de la misma, al menos en los aspectos de los derechos fundamentales relacionados con la dignidad humana, mínimo vital y móvil, salud, alimentación, trabajo, educación y seguridad social, descritos como derechos sociales de carácter subjetivo, que se le imponen siempre a los deberes del estado, soportados en la razón, admitido el carácter primigenio de los primeros.

Eximir de Responsabilidad a la Corte constitucional Colombiana, en la solución a los conflictos sociales generados por el incumplimiento de la normativa y del contrato social vigente, sería contradictorio, con obvia tendencia a la arbitrariedad, en carrera desenfrenada hacia la anarquía, sería otra cosa bien distinta, sería darle diferente orientación axiomática al deber ser constitucional colombiano, sería cambiar la hoja de ruta de los colombianos y en ese caso, tendríamos que cambiar el sentido de nuestro estado social de derecho por otro, que para el legislador con autoridad

delegada, y el operador jurídico independientes de su nivel, con base en la normativa, no les da capacidad legítima, ni legal para actuar.

Muchas razones hacen pensar que cursamos con aquello que ha sido llamado por los científicos de vanguardia como culpa social y que en las ciencias medicas hace parte de una compleja noxa descrita según el nombre de Insania mental⁵¹, convivimos en el universo como especie única, superior y especial o por lo menos eso creemos al adjudicarnos más derechos y concedernos la libertad para abusar de ellos, por razones de antigüedad y por razones de tener neocerebro que nos permite hacer uso del lenguaje, o como decía un etólogo, lo que “supuestamente” nos hace superior a los animales, se nos da la oportunidad de quejarnos y nos quejamos de todo, se nos culpa siempre y exorcizamos esa culpa creando transferencias en algún fetiche (superstición) o en alguien, al que sometemos a presiones indebidas hasta llevarlo a la desesperación, que son el fundamento al suicidio en Colombia y en el Eje cafetero, que nos fija en el tercer lugar en América y en el Primero en la región, encerronas frecuentes que abundan hoy día, por cualquier clase de motivo o incluso inmotivadas, por ello, la Judicialización de los Derechos colectivos, se constituye en la esperanza para la solución a problemas tan graves en el colectivo colombiano como la Tasa de suicidios que se calcula en 4.1/100.000 habitantes, para Colombia y 10.1/100.000 habitantes para el eje cafetero, la trasgresión a la normativa establecida en la ley 1098 de 2006 sobrepasa según datos del Consejo Superior de la Judicatura en 19.000 judicializados desde la entrada en vigencia, los menores están afectados por

insania mental con compromiso calculado en 40% para el eje cafetero⁵².

Con una fenomenología que va en camino a convertir la tierra en un lugar inhabitable, para algunos, otros lo observan desde la transformación y en el resultado como producto de la misma transformación que incluye mayor “bienestar” que impone unos cuantos sacrificios, el máximo sacrificio se considera la vida humana, incluso esos sacrificios “vitales” ahora que el hábitat actual es por completo diferente al que disfrutaron nuestros antepasados, volviendo a aquellos para los que es inadmisibles cualquier tipo de sacrificio y para aquellos que no se enmarcan en un extremo, ni en el otro, planteamientos dicotómicos asumen para sí, planteamientos diversos y anfibólicos o cuando menos antinómicos, e incluso, si se consideran moderados, o tolerantes y con actitudes maniqueas, estos “moderados” no asumen posiciones de radicalidad, criticada también, cuando se trata de definir rumbos y encauzar el “progreso”, basado en intereses, nada diferentes a los de los *países desarrollados*.

La Responsabilidad del Juez constitucional con gran componente de subjetividad, juega aquí un papel de vital importancia, la emocionalidad de la conducta que varía según el concepto abstracto, es de difícil apreciación individual, el concepto de salud y de enfermedad mental se describe y se valora dependiendo de la cultura y del tiempo histórico en el que nos movamos⁵³ al revisar documentos publicados y relacionados, se lee la definición de K. Menninger quien define la salud mental como “la adaptación de los seres humanos al mundo y al otro, con el máximo grado de eficacia y felicidad” según cálculos de la OMS la población mundial hacia el 2020 presentará enfermedades mentales

en 15%⁵⁴. En Colombia probablemente manejamos desde ya, cifras que pueden llegar a duplicar ese estimado, hasta de demencia senil hereditaria⁵⁵, se habla en Antioquia, según informaciones de prensa.

La subjetividad parte de la valoración encausada por los conceptos lógicos correspondientes a la lógica formal, enfrentados a la lógica no formal o con juicios no apofánticos o contradictorios, según Kalinowski⁵⁶ la ausencia de nexo causal, cataloga lo indeterminado como indefinido en cuanto a la interpretación social de las diferentes formas de manejo, de hechos notorios, mostrados en los conflictos planteados por los conglomerados, para tornar la problemática social más compleja le transferimos la causalidad al Principio de lo Indeterminado que lo tornamos en Indefinido, sin darle toda la importancia que tiene, mientras que los norteamericanos lo hacen desde 1986, en forma seria, estudiando sus consecuencias mediante fractales y los presocráticos desde 500 a C, la situación social actual colombiana, es incomprendida, e incomprensible para muchos, pero los que la explican, no muestran soluciones aparentes, solo aplican principios confusos de lo Indefinido e Indeterminado, y al mencionar la relación directa con la Teoría del Caos, resulta peyorativo e irrisorio, pues tampoco soportamos encontrarnos de frente con la realidad, siempre la disfrazamos, como botón de muestra, los niños dedicados al sicariato.

Los supuestos establecidos por escuelas de filosofía jurídica, exigen judicialización de derechos, por interpretaciones hermenéuticas desde el derecho procesal y desde el respeto a la dignidad humana, por la aplicación de normas dentro del

derecho positivo susceptibles de ser interpretadas, soportados desde el ius naturalismo, con base en principios y valores (entiéndase moral), y el protagonismo que nos hace responsables por actuar limitándonos solamente a utilizar el método gramatical o exegetico, según teóricos por ser primigenias o axiomáticas, que les asignan significados indicando que es confiable la premisa que dice que “lo único seguro que tiene el ser humano es el cambio”, asigna tal carga perlocutiva en el uso del lenguaje, para la interacción de situaciones susceptibles de modificarse a la luz del ius positivismo y del ius naturalismo, que se quedaría corta la apreciación natural o genérica, en la que la evolución de la Jurisprudencia y de la Doctrina que le dan el carácter de ciencia al derecho continental, exigen definiciones practicas en dirección al bienestar y a la mejor calidad de la vida, de no ser así, no tendría ningún fundamento la existencia de contratos sociales, normativas, restricción de derechos y otros muchos actos humanos y hechos jurídicos.

Aunque un poco confuso, el anterior teorema acerca de una de las patologías del siglo XXI, la insania mental, la emocionalidad de la conducta, en el análisis individual y por separado de cada uno de sus componentes y la respuesta que para cada persona genera: la mentira, la envidia, el resentimiento y culpa social, la globalización, la fuga de capitales, el capitalismo salvaje, la defensa de las “minorías étnicas”, la discriminación por clase, etnia. ¿A propósito de qué etnia soy yo?, grupo social, religión, genero, la búsqueda del enriquecimiento fácil, la corrupción, el desempleo, la falta de responsabilidad, la declaración de los jueces de las altas cortes cuando se declaran así mismos

irresponsables patrimonialmente en sus decisiones basados en el dinamismo y la interpretación del derecho como "ciencia viva" y de principios cambiantes, no exime, mención se hace de la ley 446 de 1998 en que se excluyó la competencia de la Corte Suprema de Justicia porque se podía repetir en contra de los Magistrados del Consejo de Estado (Institución que sin embargo, atribuye responsabilidad a Magistrados de Tribunales Administrativos) y en la Interpretación de la Corte Constitucional del artículo 66 de la ley 270 de 1996⁵⁷ por no tener superior jerárquico, concluyen, algunos doctrinantes, nos hace a todos los "indiciados" en el conocimiento del derecho, participes responsables en desconocer el artículo 90 superior, además de culpa social por la carencia de identidad en los colectivos, artículo 13 constitucional, el inmediatismo y otros fenómenos de intolerancia, pereza mental y corporal en los llamados generación yupi, y nono, no trabajo, no estudio, todo ello explicado por Wittgenstein⁵⁸ desde lo emocional y como se han involucrado de manera equivocada o acertada a legisladores, juristas y operadores judiciales que aplican la ley bajo principios conflictivistas o de forma arbitraria, desde sus propias creencias o ilusiones, que evidencian fines egoístas.

Bajo la óptica del realismo crítico en norteamericanos incluidos D. Kennedy, J. Rawls y otros como Bonorino, quienes establecen lo irracional de los fallos, bajo pretextos falsables y carentes de ética y de moral, como se exige en el cumplimiento de la norma, en lenguaje bastante duro para la justicia norteamericana, que puede ser visto, según el Jurisconsulto Kennedy, el Juez, juzga según lo que se come y como se viste, cuando se tienen muchas alternativas, debe hacernos meditar, al

igual que otra interpretación que en el mismo sentido efectúa el economista J. Valín en su artículo "La Ética bien entendida"⁵⁹ considera el articulista, que la moral colectiva, va en contrario sensu a la moral individual, porque la moral no debe tener grados, ni estar sujeta al cambio, ni transable, es una contradicción, dañar o desmejorar a unos, para favorecer a otros, ese tipo de decisiones, cuando menos es irracional o si el ser humano, es ontológicamente hablando, primigenio, ¿en dónde queda el Principio del Juez Natural?, no dice ese principio que ¿debe existir antes el juez, que el delito?, y si no es reconocida la justicia divina por ser abstracta y metafísica ¿a quien correspondía entonces, ser el juez natural de Caín, en la muerte de su hermano Abel? ¿Acaso tal hecho, no era un punible? ¿Está claro que la población colombiana, no es atea? ¿Escondemos las biblias? A veces, nos complicamos con silogismos filosóficos apofánticos, y caemos en radicalidad absurda, ¿antes que el acuerdo de voluntades, no existió el ser humano?, no nos sorprende que en algunos casos de las decisiones de estado y de los estados las consideraciones sean en sentido contrario, al ser, a la persona, consistente con la doctrina conflictivista y de intereses liberales expresados por J. Bentham, solo así aunque teóricamente, el estado defiende el bienestar de la mayoría, e impone los intereses sociales, sobre los del individuo como prioritarios y ¿no fue antes el individuo?, ¿No existe antes el mínimo vital y la supervivencia individual, que las ventajas de los conglomerados sociales que defienden intereses? ¿Es influenciado ese individuo por la inercia de grupos sociales? ¿Cuántos tienen acceso al derecho especial, que predomina? ¿Y los conglomerados ¿no los conforman el conjunto de individuos?

La realidad actual ocurre según la plantea Frank A Fetter, cuando establece que los tiempos, no han cambiado la esencia del comportamiento de los seres humanos, solo se ha cambiado la forma, en otras palabras, el ser humano desde su origen solo ha cambiado de nombre al empleo de la fuerza, el poder y sus manifestaciones, la religión y la magia, se permite, por tanto, pensar que el estado de bienestar actual es desde el punto de vista moral, una trasgresión fáctica a la ética, que debe ser individual y propia, alegoría que se explica además de los conceptos expresados, por John Locke en "The second treatise on civil government" como lo que cada individuo hace, solo lo involucra a él y a nadie más inicialmente, y luego al grupo social a que pertenece y sus responsabilidades, que como grupo deben procurar primero el bienestar individual y luego el colectivo y no al contrario.

"Un individuo solo puede ser propiedad de sí mismo y solo debe subrogarse así mismo, construye por su propia inventiva, su manera de subsistir, de lograr un lugar y un reconocimiento social"

Conclusiones

El estado caótico en el que vive la humanidad actual, parte de principios que cambian cada día en torno a conveniencias con infinidad de pretextos que buscan a su vez establecer nuevas reglas de juego con base en dinámicas equivocadas y metalenguajes, pretendiendo también equivocar la sensatez de quienes los muestran bajo el rotulo peyorativo de "garantista" tratar de indicar un norte a todos los planteamientos hasta aquí efectuados podríamos servirlos dentro de los conceptos de los filósofos del derecho

contemporáneo e intentar explicar desde la post-guerra sus ideas y con base en ellas, la etiología de la insania mental, la contradicción y la antinomia, contrario sensu, tratan de convertirse en tautologías, valiéndose de falacias enfocadas en la lógica formal, no formal, lógica deóntica y del derecho negativo, como herramientas útiles.

El Indulto, como figura jurídica constitucional establecida en el artículo 201 supra como atribución del gobierno y la Amnistía, como segunda figura jurídica potestativa esta de la rama legislativa, conforme con el artículo 150 supra, tiene límites y delineamientos claros, ambas figuras jurídicas de carácter excepcional tienen un mínimo de condiciones y constituyen la opción para dar cumplimiento al artículo 2 constitucional, bajo la tutela de la Corte Constitucional. Estar de acuerdo si o no, nos obliga a guardar ciertas distancias.

El acto de intentar plantear y solucionar interrogantes que nos ayuden a desenmarañar este estado de intranquilidad, zozobra y agresividad como una forma de expiar nuestras frustraciones o por lo menos entender que es lo que está pasando, la culpa social que se nos endilga, "los cristianos desde que nacemos ya cargamos con un muerto auestas, así el maestro nos haya perdonado"-, y la forma de exorcizarlos (las), no debe llevarnos a confundir aun más el estado de cosas actual, intervenciones extrañas como la efectuada mediante La Misión Alesina⁶⁰, dando valor de certeza a los documentos que se leen y de acuerdo con ellos a los conceptos de Maurice Kugler y Howard Rosenthal, desenfocados en gran medida, en el aporte sugerido de cambios, para la solución a la problemática visualizada en

realidad social colombiana, son cuando menos irrisorios.

Debe reconocerse el esfuerzo de la Corte Constitucional colombiana, que ha ido decantando su posición, en defensa de la dignidad humana, atrás quedaron sugerencias que podrían ser útiles en conglomerados sociales como los norteamericanos, el cambio social y de construcción de futuro, de forma más sencilla, parte de cambios de actitud de carácter individual, proyectados hacia el bienestar general, de no ser así, o en sentido contrario, los conflictos se agravan.

Teorías conflictivistas, dan explicación a la Tendencia a estados de Insania mental, estimada en el 40%, al menos en Risaralda, a la cual, no se ha prestado atención, con medicalización de 8 de cada 20 menores de 15 años, que ha sido carente de interés para el legislador⁶¹, que como alternativa en la judicialización de derechos sociales de los menores debe involucrar a la administración de justicia en defensa del "interés superior del menor" y que motiva en quien preocupa este tipo de situación, como merecedoras de operaciones mentales complejas, al calificar la solución que el estado aplica, como insustancial, para una problemática en aumento.

La Interpretación de las Ideas expresadas por Savigny o a la luz de la teleología de R. Von Ihering, despierta la inquietud de confrontarlos con expositores de las "doctrinas o jurisprudencias de Intereses" y analizar los pensamientos de Heck, Rumelin y Stampe o a través de senderos establecidos por Ronald Dworkin y Robert Alexy, nos conducen a encontrarnos o a reencontrarnos con Kalinsky quien cita a Hume y su sentido de la moral orientada al placer, simpatía y utilidad, si tenemos en

cuenta en este estado de las cosas, que la lógica deóntica, brilla con luz propia si de establecer un análisis del lenguaje moral se trata, lo jurídico y lo moral siempre han estado en relación íntima, de otro lado, en este razonamiento los aportes de la lógica formal o dualista da preceptos básicos de unidad, existencia y causalidad, al incursionar en la lógica modal, en la que hacemos uso de conectores como necesario, posible, imposible, afirmando o negando los mismos, podría ocurrir que el conector probable, según lo indica Foucault tenga más fuerza de validez, cuando usamos estas cláusulas conocidas como operadores modales, las modalidades deónticas de necesario, posible, imposible o valores de acción o omisión, y las últimas modalidades o de verdad, las llamadas aléticas, tienen gran importancia en el derecho procesal, y no deben ser solo anhelos o emociones, sino realidades individuales y sociales.

Los conceptos desde el lenguaje, la nueva retórica, de gran importancia en el discurrir filosófico y planteados en las motivaciones de las altas cortes, se reflejan en los derechos sustanciales basados en principios jurídicos y los juicios emitidos dentro de los conceptos de cosa juzgada formal, material y constitucional, obviamente con múltiples variables, dan validez a otro principio, el de la seguridad jurídica equiparado al de la propiedad⁶².

Pero, si podemos cometer errores, como seres humanos que somos, ¿Aplicamos los conceptos de revisión de sentencias o las dejamos así?. Los Tribunales Constitucionales definen que se deben revisar, y así está definido en su reglamento interno, a fin de garantizar el derecho a la igualdad y a la libertad, es el valor del Garantismo, el del activismo constitucional, que critican en otros estados

y lo aplican ellos a su propio estado y según su estilo, por razones políticas o de activismo que afortunadamente tampoco es algo original, los norteamericanos en teoría, nos llevan ventaja en ello, R. Uprimny lo expone en los conceptos de mínimo vital y la necesidad de esos mínimos, cita a Gastón Bachelard quien en 1968 indicó: *“La verdad es hija de la discusión y no de la simpatía”*.

Y los norteamericanos con Eric J Segall en 211 referencias que analiza en su publicación, *Reconceptualizing Judicial activism as Judicial Responsibility: A tale of two Justice Kennedys*⁶³ menciona, la defensa en beneficio de los derechos individuales, luego, los económicos e individuales desde lo grupal, el sacrificio fielmente, todos esperamos que no sea, el mismo de Josef K.⁶⁴ y sus torpezas, en el que se vislumbraba una fatal angustia existencial, producto del aprendizaje forzado de una vida cargada de maltrato, razón de la sinrazón.

Autores que refieren a la moral y la ética colectiva escriben:

“En el dominio de Intereses, sin tener en cuenta la verdad, los honestos mienten y los compasivos torturan. Y creen real y sinceramente que el fratricidio preparará el camino para la hermandad, No hay ninguna escapatoria para la peor de todas las idolatrías hasta que no surja una nueva conciencia en los hombres que logre atravesar una y otra vez ese falso absoluto” M. Buber⁶⁵

Los procesos judiciales son irracionales e injustos, presupuesto de una parte que sale favorecida y otra perjudicada y al parecer la racionalidad va de la mano con los conceptos limitados por ambigüedad y vaguedad⁶⁶ estados indeterminados,

en la forma de pensar de los jueces, sus emociones y sus conductas y la manera de hacer operativa la misma norma, en la que se trata de condenar y muchas veces ejemplarizar, moralizar y dar muestra de poder y direccionar conductas, conceptos según los cuales, alguien debe tomar la Iniciativa y encauzar la vía por la que debemos transitar los conglomerados sociales, y como en las circunstancias actuales, los legisladores no lo hacen o se manifiestan en forma ambigua, el operador jurídico constitucional es el abanderado, mediante la Judicialización de derechos y el respeto a los mínimos vitales que plantea R. Uprimny y a la Unidad normativa o de materia constitucional establecida por la corte para “evitar in fallo inocuo”⁶⁷ en La Declaratoria de Inconstitucionalidad de Oficio por A. Giacomette⁶⁸ la inmanencia e indecibilidad de la norma la hacen soportada en su totalidad, establece la relación con la inconstitucionalidad por consecuencia e invalida o convalida una norma de habilitación legislativa, da validez formal o material a decretos por conexidad, y aunque se tiene el entendido que la Constitución Política de Colombia no tiene normas pétreas, existe controversia en caso del Artículo 125 (2) afirmando con base en esta norma constitucional, la declaración de Inexequibles los AL 01-2003 y AL 01-2008, por ser contrario al concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa en la función pública, lo que muestra que la naturaleza corrige lo que va desviado, ¿o no?

La crítica al activismo judicial aparece cuando los fallos judiciales tienen que ver con las decisiones del legislativo o del ejecutivo y cuando esa decisión va en contravía a lo establecido por uno de los poderes o ambos, puestos en evidencia. Es responsabilidad de las Instituciones la formación de un referente colectivo

de bienestar o de prosperidad general, artículo 2 superior y de cumplimiento de la norma y no de falsos conceptos de malicia indígena y de viveza, como indicadores de progreso individual y social.

La actividad y la responsabilidad judicial⁶⁹, es directamente proporcional al peso específico de sus decisiones, esto al margen carece de importancia, según lo anotado en el trabajo de la Juez Balanta que expone que transferir la responsabilidad del estado a las decisiones de la Corte Constitucional es irrisorio, porque las sentencias de este alto tribunal lo que han fallado se corresponde solo con compromisos adquiridos por la clase política, llama la atención como en la defensa de sus intereses, organismos multilaterales, con autoridad autárquica critican las decisiones de las altas cortes colombianas y no se dan cuenta que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, se le critica la marcha en la misma vía y por razones políticas, recorriendo caminos similares con diferentes nombres, pero en general en el mismo sentido de realidad social,

en defensa de la Constitucionalidad de la norma, desde que el Juez J. Marshall indicara dicho rumbo en 1803 (Segall,2009).

“Haz de saber que el dolor, cuando dura, es soportable, y cuando es fuerte, es de breve duración; y recuerda que el sabio es feliz incluso en medio de los tormentos”⁷⁰
Epicuro

Entonces, “Piensa fraternalmente, No hay razón humana que explique la necesidad de sentir dolor, ni sacrificios absurdos con base en promesas no cumplidas, en otros tiempos pasados y con otras connotaciones, tal vez, la ausencia de bienestar individual y general es una contradicción a nuestra existencia como conglomerado social y un gran reto para nuestros dirigentes, no una malsana tautología”.

Así, Compasión, goce o bienestar, amor y humor son los componentes básicos de una sociedad mentalmente sana y en paz⁷¹, por lo mismo, “No hay mal que dure 100 años, ni cuerpo que lo aguante”. Dicho popular de tendencia hedonista⁷².

REFERENCIAS

- 1 Smith C.U.M (1985) *El Cerebro. Hacia su entendimiento*. 7ª, Alianza Madrid.
- 2 Lex artis ad hoc: Conocedor del estado del arte por voluntad propia, erudito, pero no erudito a la violeta.
- 3 Amaya, V.; Campo, E. (2008) *Las Pruebas en el sistema acusatorio del código de procedimiento penal*. Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá p. 2.
- 4 Bonev I. Teoría del caos. Documento. Recuperado: 20.08.09 19:30 <http://www.cibernous.com/autores/elcaos/teoria/> y Briggs J, Peat F.D (1989) *Espejo y Reflejo. Del caos al orden*. Editorial Gedisa. Barcelona
- 5 Cazau, P. (1995) *La teoría del Caos*. http://galeon.com/pcauz/artfis_caos.htm Enlace Antroposmoderno.com Recuperado: 12.04.10 11:00
- 6 Castellanos, R. A (2006) *Hermenéutica y desconstrucción*. Ideas y Valores. No.130. Bogotá y de la Llana, M. V (1999) *El derecho procesal durante el reinado de los Reyes Católicos y su reflejo en "Fuenteovejuna"*. Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, H. Medieval., t.12. pp. 209-241.
- 7 Fenochio, JA (2007) *La Constitución se obedece pero no se cumple*. Metapolítica. Núm. 55 septiembre - octubre. Recuperado 11.10.09 http://www.metapolitica.com.mx/images/articulos/pdf_381.pdf
- 8 Mantilla Pineda, B. (2003) *Filosofía del Derecho*. Editorial Temis. Reimpresión. Bogotá. p. 320.
- 9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-650-09 M. P. Dr. Humberto Sierra, P. Bogotá. Ratio Decidendi como Vinculante en las decisiones judiciales
- 10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-774-04 M. P. M., Cepeda Espinosa, J. *Decisión judicial mediante la cual se cambio de nombre a los errores de hecho, "Teoría de los defectos"* establecido en anterior Sentencia T-231-94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 11 Lógica. Recuperado: 11.11.08 17:30 <http://www.liccodigital.com/filosofia/logica.htm>
- 12 Kelsen, H. *Teoría Pura del derecho*. Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. 15ª. Editorial Porrúa. México. 2007.
- 13 López Medina, DE. *El derecho de los jueces*. Legis editores, 2ª edición, Bogotá. 2006. En la sentencia C-245/96 el magistrado Arango salva el voto, pero en su opinión personal disiente afirma que "si incurren (los congresistas en abusos o faltas al administrar justicia) menester será sancionarlos, no solamente de conformidad a las normas disciplinarias contenidas en el reglamento sino con sujeción a la ley penal. Esta opinión suya parece comprometerlo con una posición contraria a la que ahora él (Arango Mejía) como abogado argumenta. La manera de deshacerse de esta incómoda incoherencia es privilegiando la corrección de su nueva interpretación sobre la coherencia de una antigua: "Acepto que me equivoqué y no me devanaré los sesos buscando excusas, que solo son defensas de la vanidad". p. 210.
- 14 Mendoza, V. *Hermenéutica Crítica. Razón y Palabra*. Agosto Septiembre 2003. Recuperado: 23.02.09 12:17
- 15 Sana crítica: lógica, experiencia, ciencia y técnica.
- 16 Anotados en el código de procedimiento civil colombiano.
- 17 Ética a Nicómaco de Aristóteles, Fundamentación Metafísica de las costumbres de Kant, Genealogía de la Moral de Nietzsche. ¿Se podría considerar un error que el operador jurídico se olvide de la moral y por orden expresa de la ley, solo sea su vasallo?
- 18 Giacomette Ferrer, Aa. *Introducción a la Teoría General de la Prueba*. Bogotá, 2010. p. 196. No es posible emitir fallos de empate o non liquet, en casos de duda, el operador jurídico debe inclinarse en su fallo hacia la parte demandada. <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n34/vmendoza.html>
- 19 Guillermo de Ockham, (1298-1349). Fundador de la escuela nominalista. Anotaba que el conocimiento de los seres humanos parte de 2 conceptos: el Intuitivo y el Abstracto. Separa lo divino de lo humano y la razón, de la fe. Propone la teoría conciliar. Se anticipó a lo que vendría mucho tiempo después. Recuperado: 26.04.10

- 20:00 http://bachiller.sabuco.com/filosofia/hfilosofia/guillermo_de_ockham.htm
- 20 López Medina, DE. *El derecho de los jueces*. Legis, 2ª, Bogotá. 2009. p. 212. La Penetración de la Doctrina Constitucional es aún muy baja, con mayor impacto en los jueces de nivel básico, e incremento en disminución de tal cumplimiento en las sentencias de las Altas Cortes, cumplimiento desafortunado, pues como decía Seneca: "El maestro enseña, el ejemplo arrastra".
- 21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388-09 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 22 Kennedy, D. *Libertad y Restricción para la Decisión Judicial*. Recuperado 11.04.10 14:00 <http://duncankennedy.net/documents/Photoarticles/LibertadyRestriccionen-laDecisionJudicial.pdf>
- 23 Proust, M. (1966) *Por el camino de Swann*, Vol. 1, p. 14, Traducido por Pedro Salinas. Alianza Editorial. Madrid.
- 24 Rutkow Ira, M. (1993) *Surgery an Illustrated History* Mosby London, p. 113. Los Jueces eran severamente sancionados cuando incurrían en actuaciones ilegales.
- 25 N de A: de igual forma, en la búsqueda de la verdad única, han existido todas las atrocidades que solo una mente como la humana puede llevar a cabo, con métodos de confesión y de condena que parecen ciencia ficción y que describe M. Foucault en sus obras *Vigilar y Castigar*, *Los Anormales* y *la vida de los Hombres infames*
- 26 López Blanco, HF. *Procedimiento civil parte especial*. 8ª, Dupré editores Bogotá. 2007. p. 29.
- 27 Activismo Judicial y el Estatuto de Klein. Máximo Flores. *Flexibilidad de algunos aspectos del proceso civil*. Recuperado: 01.04.10 16:00 www.egacal.com/upload/Q2009_FloresMaximo.pdf
- 28 Congreso República de Colombia. Decretos 1400 y 2019 de 1970. Código de procedimiento civil Colombiano. Compilador Oscar Eduardo Henao Carrasquilla. Artículos: 377, 136,184, 378, 178. Leyer editores. Bogotá.
- 29 El hecho per se no es prueba.
- 30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388-06 M. P. Rentería Araújo, Jaime.
- 31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422-92 M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Establece la Proporcionalidad en sentido estricto, concepto modificado en sentencias posteriores de constitucionalidad como: la sentencia C-092-01 MP Dr. Alejandro Martínez Caballero, y sentencia C-673-01 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 32 Gozaini Oswaldo, A (2010) *El Activismo Judicial*. Elementos de Juicio. Temas Constitucionales. Tomo 13. Publicaciones y Medios E. U José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. pp. 74 y 75.
- 33 Amaya V. Campo, E. (2008) *Las Pruebas en el Sistema Acusatorio del Código de Procedimiento Penal*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. p 15.
- 34 Congreso república de Colombia. Código de procedimiento civil. Artículo 14.
- 35 López Medina, DEo. (2006) *Interpretación Constitucional*. Editorial Unibiblos. Universidad Nacional de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. p. 54 y ss.
- 36 Ramírez E, D S. *El Principio de la Confianza Legítima en el Derecho Inglés: la evolución que continúa*. Recuperado: 07.01.10 18:30 http://www.danielsarmiento.es/pdf/confianza_legitim.pdf
- 37 Ídem
- 38 Ídem
- 39 Corte constitucional de Colombia. Sentencia C-486-93 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 40 Uprimny, R (2001) *Separación de Poderes y forma de gobierno en Colombia: Comentarios al documento de la misión Alesina*. Revista de Economía Institucional No. 5. Bogotá. p. 146 - 167
- 41 Hernández B., A (2001) *La Reforma Política de la Misión Alesina*. Revista de Economía Institucional. Recuperado: 02.04.10 20:30 <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v3n5a10.pdf>
- 42 Corte constitucional de Colombia. Sentencia C-382-97 M. P. Jorge Arango Mejía.

- Bogotá.
- 43 Corte constitucional de Colombia. Sentencia C-463-08 M. P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.
 - 44 Auto de la Corte Constitucional colombiana. 087-08. Sala Plena. 09.04.08. Incidente de nulidad contra la sentencia T-1059-07 M. P. Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.
 - 45 Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2067, de septiembre 4 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, dictado de conformidad con las facultades que le confieren el artículo transitorio 23 de la Constitución Política y surtido el trámite ante la Comisión Especial creada por el artículo 60 transitorio de la Constitución Política.
 - 46 Ibáñez N., JE. (2010) *Reseña del Concepto Ontológico clásico de virtud*. Recuperado: 18.03.2010 18:30. http://www.usergioaboleda.edu.co/civilizar/revista7/resena_del_concepto_ontologico_clasico_de_virtud.doc
 - 47 Locke, J. (2008) *Ensayo sobre el gobierno civil*. Editorial Porrúa. México. p. 4
 - 48 Balanta M., MP. (2009) *El Juez como Protagonista en la Transformación de la Políticas Públicas*. Documento presentado en el XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cali.
 - 49 Molina B., C.s (2010) *Reflexiones acerca del activismo judicial en materia de derechos sociales en Colombia: El caso del derecho a la salud*. Temas Constitucionales. Tomo 13. Publicaciones y Medios E. U José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. p. 95.
 - 50 La O. M. S. (Organización Mundial de la Salud) define la Insania mental de forma muy compleja dado que la definición que aparece en el portal de Internet define la salud como: "El estado de bienestar físico, psicológico y social" Recuperado: 28-01-2009 14:00. www.who.com
 - 51 Trabajo de Investigación Documental (2009) efectuado por el autor, y presentado en ponencia en el II Encuentro Internacional de Estudiantes de Derecho. Cali
 - 52 Documento sin título. (2009) Las enfermedades mentales. Recuperado: 28-01-09 14:30 www.juntadeandalucia.es
 - 53 Ídem
 - 54 Alarcón R. *Las Demencias*. Documento pdf. Recuperado 01.03.10 14:00 <http://www.psiquiatriabiologica.org.co/avances/vol1/articulos/articulo04.pdf>
 - 55 Cofre Lagos JO. (1988) Sobre el rol de la lógica deóntica en la resolución de los conflictos éticos y jurídicos. Revista de derecho volumen IX, diciembre. pp. 121-140
 - 56 Artículo 66. Error Jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. Las que deberán ser probadas en un juicio contradictorio, haciendo uso de los medios de prueba y de acuerdo a la técnica exigida en este caso específico.
 - 57 Heaton John M. (2000) Wittgenstein y el psicoanálisis. Editorial Gedisa. Barcelona
 - 58 http://www.jorgevalin.com/artic/etica_bien.htm 28-01-09 15:21
 - 59 Ídem. Ref. 31 Misión Alesina. BID.
 - 60 Congreso república de Colombia. Proyecto de Ley 239 de 2008. Ponencia en el Senado por la Senadora Elsa Gladys Cifuentes Aránzazu. Radicado 08.05.2008. Gaceta del Senado: Relacionado con enfermedades de alto costo.
 - 61 La Conducta de las partes y su valor probatorio (2007). Cornet Magdalena y Miranda Sebastián.
 - 62 Segall Eric, J (2009) Reconceptualizing Judicial Activism as Judicial Responsibility: A Tale of two Justice Kennedys. Arizona State Law Journal Vol. 41. Recuperado 20.03.10 <http://ssm.com/abstract=1478669>
Recuperado: 01-04-10 <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/Laconducta-delaspartes.MIRANDA.pdf>
 - 63 Kafka Franz. (2007) El proceso. Traducción de Miguel Sáenz. Editorial Novoprint S.A Barcelona.

- 64 Buber, M. (2006) *Imágenes del bien y del mal*. Trad. Mónica Sifrim, Abraham Huberman y Marcelo Burello. Ed. Lilmod Buenos Aires. Contraportada.
- 65 Giacomette F., A. (2010) *La declaratoria de Inconstitucionalidad de Oficio*. Temas Constitucionales. Tomo 13. Publicaciones y Medios E. U José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. p. 209 y ss.
- 66 Ídem. p. 229.
- 67 Ídem.
- 68 Ulloa C., AL. *Naturaleza y didáctica de la lógica jurídica*. Recuperado: 02.05.09 22:00. <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm>
- 69 Epicuro. Páginas de Filosofía. Recuperado: 02.04.10 23:00 <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/index.html>
- 70 Humour and love: *The origination of clown therapy*. 02.04.10 23:30 <http://www.postgradmedj.com>
- 71 Parra L, Francisco (2004) *Tendencia Axiológica de la Sociedad*. 03.04.10 01:30 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=990950>