

# INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

## PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS PRINCIPIOS Y LOS VALORES HUMANOS

DR. JORGE FLÓREZ GACHARNÁ<sup>1</sup>

*"Partimos a la conquista de una seguridad radical que necesitamos porque, precisamente, lo que por lo pronto somos, aquello que nos es dado al sernos dada la vida, es radical inseguridad".*

JOSÉ ORTEGA Y GASSET<sup>1</sup>

### PRESENTACIÓN

Deseo presentar respetuoso saludo a la dirección del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, especialmente a su presidente, profesor JAIRO PARRA QUIJANO, y al coordinador de la revista, joven jurista JIMMY ROJAS, por el fomento que, a través de ella, se proponen darle al trabajo de investigación que tanto interesa a las nuevas generaciones de abogados. Es por todos conocido que la doctrina Iberoamericana, determinante en la legislación de los diversos países, se materializa, a través de este medio, poniendo en conocimiento de los lectores las obras de los cultivadores del derecho procesal y del producto de los certámenes nacionales e internacionales.

\* Profesor de Derecho Procesal; Ex-catedrático de posgrados Universidades del Rosario y Externado de Colombia; ex-profesor de Pregrado Universidades Libre y Gran Colombia; Profesor Catedrático Universidades Autónoma de Colombia y Cooperativa de Colombia; Ex-árbitro Cámara de Comercio; ex-conjuez Tribunal Superior de Aduanas y del Tribunal Superior de Cundinamarca; ex-secretario y ex-director de investigaciones socio jurídicas, facultad de derecho universidad Libre Bogotá; miembro activo de los Institutos Colombiano, Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> *Unas lecciones de metafísica*. En obras completas, Alianza editorial y Revista de Occidente. Madrid, España, primera reedición, 1988, Tomo XII, pág. 108.

Los congresos internacionales del I.C.D.P. y los nacionales, en especial de Argentina, Mexico y Colombia, nos han señalado un camino que es preciso continuar y, para ello las publicaciones como la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (editada en Lima), la "Revista de Estudios Procesales" (Rosario Argentina), "La revista Brasileira de Dereito Processual" (Belho Horizonte, Brasil), "La revista do processo" (Sao Paulo, Brasil), "La revista Procesal" (Mexicana), "La revista Uruguay de Derecho Procesal" (Montevideo, Uruguay), y "La revista del Instituto de Derecho Procesal Colombiano", constituyen el mayor vehículo para identificar el pensamiento latinoamericano.

Desde la famosa polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, sobre la acción en el derecho romano (1856) y el libro de VON BULOW acerca de las EXCEPCIONES Y LOS PRESUPUESTOS PROCESALES (1868), KOHLER, con la teoría de la relación procesal, STEIN, DEGENKOLD, WACH, HELLWING, KISCH, LENT, ROSEMBERG, el arribo a los estudios de GIUSEPPE CHIOVENDA, con su estudio sobre "*La acción en el sistema de los derechos*" (1903), FRANCESCO CARNELUTTI, CALAMANDREI, CAPPELETTI, hemos pasado a España con FAIREN GUILLÉN, JOSÉ ALMAGRO NOSETTE, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, JUAN MONTERO AROCA y llegado a nuestro continente con EDUARDO J. COUTURE, HUGO ALSIN, RAMIRO PODETTI, RICARDO B. CARLOS, LINO E. PALACIOS, SANTIAGO SENTIS MELENDO (español emigrado), ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, JORGE CLARIA OLMEDO, ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO (Uno de los rectores del procesalismo Iberoamericano) TULIO E. LIEBMAN, PONTES DE MIRANDA, ALFREDO BUZUID, y ahora con no menos importantes doctrinantes ADA PELLEGRINI, CARLOS BARBOSA MOREIRA, ENRIQUE VESCOVI, ADOLFO GELSI VIDART, LUIS LORETO, JOSÉ RODRÍGUEZ U., HUMBERTO BRICEÑO SIERRA, HUGO PEREIRA, llegamos a nuestra patria con cimeras figuras ANTONIO ROCHA, JORGE CARDOZO, GUSTAVO H. RODRÍGUEZ, ÁLVARO LEAL MORALES, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO MORALES MOLINA, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, LUIS E. MESA VELÁSQUEZ, JAIME BERNAL CUELLAR, ANTONIO CANCINO, LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, MARCO GERARDO MONROY, JAIRO PARRA QUIJANO, HERNÁN FABIO LÓPEZ, RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, y no podemos agotar la lista porque resulta difícil pero no imposible reconocer sus ejecutorias a través de todas sus vidas.

Ahora, cuando la teoría jurídica, la filosofía del derecho y el Constitucionalismo buscan puntos de convergencia a través del llamado "MOMENTO JUDICIAL", toca abrir la puerta del procesalismo para que todos esos estudios se orienten hacia la nueva filosofía del Estado y de los derechos. El Estado democrático y constitucional de derecho.

Corresponde al constitucionalismo el diseño de la jurisdicción, generalmente con óptica estática, pero al procesalismo atañe darle la dinámica

y su desarrollo. El derecho procesal es y debe ser el método del juicio y, por consiguiente, del derecho. Es el momento de examinar los problemas concretos que actualmente presenta el método del enjuiciamiento en su realización –que hoy vuelve a estar de actualidad–, porque si por algo debemos luchar es por la eficacia del proceso como método de convivencia pacífica y de realización de los valores. Es esta la razón de este estudio.

### 1. LA CONSTITUCIÓN Y LOS CÓDIGOS PROCESALES.

En el año de 1996 publiqué en la revista “2 Derecho Procesal Civil y Comercial”, de Editorial Juris (Rosario, Argentina), dirigida por nuestro querido amigo, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Omar A. Benabentos, un pequeño estudio que denominé: “*La Constitución de 1991: Introducción al nuevo derecho procesal*”.

Desde entonces ha transcurrido casi una década y son muchas las anécdotas, experiencias y vivencias, como también expectativas, que ha creado ese proyecto político.

Decíamos en aquel entonces que nuestra historia nos muestra una marcada influencia de la ley española de 1855, con su estructura de antiguas formas del proceso romano-canónico, producto de estereotipos sociales bien distintos de nuestra propia diversidad pero que, como ha sucedido con los sistemas procesales de Iberoamérica, se había comenzado a desarrollar un nuevo proyecto político dando campo a nuevos principios.

Al explicar el porqué de la investigación señalábamos que el derecho procesal colombiano tiene todavía una especial misión por cumplir, pues al examinar sus instituciones esenciales, se encuentran derechos cívicos o fundamentales a lo largo de la legislación y fuera de ella, que requiere un profundo estudio, para lo cual nos referimos sintéticamente al “acceso a la justicia”, relacionándolo con los fines esenciales del Estado para concluir que los derechos plasmados en la Carta dejaron de ser sólo garantías jurídi-formales, que se convirtieron en derechos que exigen efectiva realización material obligando al Estado a vencer los obstáculos para su concreción a través de la jurisdicción.

Empero, que su institucionalización, positivización o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez, porque lo característico de ellos es su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales que tienen, además, la máxima jerarquía en el sistema jurisdiccional y son exigibles judicialmente.

Ahora, en esta parte de nuestra vida, los derechos fundamentales internacionales, consagrados en pactos y convenciones internacionales, debemos agregar, constituyen el intento de transformarlos en derecho positivo, como acontece con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966; la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos; las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

En fin, las constituciones políticas escritas y rígidas de la segunda posguerra proclaman su declaración así como la garantía para su efectiva observancia.

## **2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO POSTULADO ESENCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.**

El nuevo ordenamiento jurídico colombiano parte de señalar que son fines esenciales del Estado<sup>2</sup>: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República, expresa la carta, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y deberes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares.

Por consecuencia, la defensa de los derechos asume una diferente significación porque supone un derecho irrestricto de acceso a la justicia, al tratamiento de la igualdad ante la ley, como igualdad ante la justicia<sup>3</sup>.

Desde el ángulo del derecho constitucional, la socialización judicial del Estado ha determinado la necesidad de crear los elementos necesarios para ello.

<sup>2</sup> Art. 2º de la Constitución Política.

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Estudios de Derecho Procesal*, ABC, Bogotá, 1979, págs. 189, 199. Pon. Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquella, en el proceso.

El tema de acceso a la justicia, dentro de los fundamentos y alcances de los derechos genéricos de la persona humana, ha permitido que la acción procesal se señale como un derecho fundamental a la justicia.

Pero, como es natural, la diversidad social, sacude la ciencia jurídica<sup>4</sup> y la corriente sociológica muestra la crisis del positivismo jurídico, para que los juristas se trasladen hacia ella, lo que conlleva a transitar por el camino de un nuevo modelo metodológico basado en la investigación sociológica y la definición social<sup>5</sup> y a que los estudios de derecho se ocupen mucho de las ciencias sociales. El movimiento de acceso a la justicia<sup>6</sup>, que se extiende a áreas como educación, salud, trabajo, sin embargo, es en torno a la justicia donde más empeño ha puesto, y es precisamente la Constitución Colombiana, una de sus receptoras cuando garantiza<sup>7</sup> el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, advirtiendo que la ley, indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Pero muy relevante es que se haga accesible la tutela jurisdiccional de los intereses "difusos" cuando indica<sup>8</sup> que la ley regula las acciones populares e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Un último aspecto, para resaltar, es la autorización constitucional para desarrollar formas de solución de conflictos<sup>9</sup> a través de la justicia conciliatoria.

El carácter de este trabajo nos impedirá referirnos con detalle a cada aspecto en particular.

Propongámonos, no obstante, a través de las próximas líneas, responder las siguientes preguntas:

<sup>4</sup> FRIEDMAN, W. *El derecho en una sociedad en transformación*, F.C.E. Méjico, 1996. Trad. de Torner F.M pág. 504.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, M., *Proceso, Ideologías*, Sociedad. EJEJA, Bs. As., 1974, Trad. de Sentís y Tomás Banschaf, págs. 131 y ss.

<sup>6</sup> Dirigido por Mauro Cappelletti, el proyecto florentino sobre acceso a la justicia, trabajo colectivo e interdisciplinario, se difundió a partir de los años 70.

<sup>7</sup> Constitución Política, art. 229.

<sup>8</sup> Constitución Política, art. 88.

<sup>9</sup> Constitución Política, art. 116.

¿Desarrollarán los códigos procesales colombianos el pensamiento estipulado en el preámbulo y a lo largo del articulado constitucional?; ¿las sentencias serán respuestas a los mandatos constitucionales?

Nuestros códigos han sido modificados a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Así, los códigos, contencioso administrativo (Ley 446 de 1998); procesal penal (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), procesal laboral (712 de 2001); procesal civil (Ley 794 de 2003), incluyendo derechos fundamentales como principios rectores, algunos, pero conservando, en algunos aspectos, la filosofía liberal decimonónica.

Cuando se tiende a hacer que ellas sean fidelísimas normas reglamentarias de la Constitución, opinó Couture<sup>10</sup>, significa acercar el problema de la justicia hacia su solución.

Debe interpretarse lo anterior en el sentido de que al derecho procesal debe dársele un matiz político, institucional, que no es común en los libros que generalmente estudiamos, porque se trata de la rama instrumento de la realización de la justicia.

Debemos reflexionar acerca de que el instante supremo de nuestra actual constitucionalidad no fue el día en que los presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente la proclamaron. El instante crucial, realmente, es aquel en que el juez, modesto o arrogante, destacado o desconocido, profiere su fórmula de sentencia: "... *En nombre de la República y por autoridad de la ley*".

Detrás de esas palabras está la Constitución, el preámbulo, la historia, la libertad. Detrás de ella hay guerras, luchas internas, crisis colectivas. Como consecuencia de ese paradigma se redactó la Constitución.

Si la sentencia no es producto de constreñimiento, interés u odio, se convierte en la proclamación de la vigencia de la Constitución. Por eso se dice que la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces. Por ello, tenemos que afrontar y superar las contradicciones entre la legislación y la Constitución.

Sin embargo, la realidad jurídica que hoy vivimos no corresponde a la Constitución Política, aparentemente vigente desde el 4 de julio de 1991. Sólo una parte de sus postulados han sido puestos en práctica. ¿Qué

<sup>10</sup> COUTURE, E. *Estudios Derecho Procesal Civil*, T. I., 12ª ed. Depalma, Bs. As., págs. 24 y ss.

deben hacer los juristas ante tanta falta de certeza por razón del choque entre lo viejo y lo nuevo?

Con frecuencia nos encontramos con contradicciones, producto del orden judicial y la mentalidad de los jueces. Ha habido conflicto entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no sólo por razones de coordinación entre ellas, sino por choques de tradiciones y de mentalidades.

Muchos funcionarios de carrera, que comenzaron muy jóvenes, sólo se animan a aplicar la técnica de las leyes, antes de poner al servicio del justiciable su sensibilidad ante lo político y lo social. El juicio sobre lo Constitucional supone una valoración política.

Ahora cuando los jueces tiene competencia difusa para conocer de la TUTELA, a penas comienzan a hacer valoración política en sus providencias, lo cual lentamente generará una nueva mentalidad.

En el ámbito de la magistratura también se observa un profundo contraste entre lo viejo y lo nuevo. Los jueces antiguos no conocían una Constitución pluralista o participativa, por lo que no participaban en el control de constitucionalidad a través de la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por autoridad pública o por particulares; tienden a mantener una mentalidad de aplicación literal de las leyes y huir de un análisis crítico de ellas a la luz de la ley superior; todavía dicen: *"Yo aplico la ley. La Constitución la aplica la Corte Constitucional"*. Por falta de normas especiales de aplicación de la Constitución, que tardan mucho en ser dictadas, ellos consideran las normas constitucionales como "meros programas", sin efecto inmediato prevalidos de la norma constitucional que enseña: *"Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley"*, sin análisis sistemático del texto<sup>11</sup>.

Esta inmovilidad o paralización mental de algunos jueces no corresponde a este espíritu activo y cooperativo entre poderes, que debe existir en el nuevo modelo.

<sup>11</sup> Sent. C-37 de febrero 5 de 1996 Corte Constitucional al comentar la exequibilidad del art. 5º de la LEAJ: *"... la Carta Política dispone en el art. 228 que las decisiones de la Administración de Justicia "son independientes", principio que se reiteró en el art. 230 superior cuando establece que "Los jueces en sus providencias solo están sometidas al imperio de la ley", donde el término "ley", al entenderse en su sentido general comprende en primer lugar a la Constitución Política"*.

No se admite tampoco lo expuesto dentro de una Constitución en que el poder judicial es autónomo, colocado en el mismo plano del legislativo, esa especie de placer, que se encuentra en ciertas providencias, de poner en evidencia la imperfección de las leyes y de hacer recaer todas las quejas sobre la inercia del legislador; no interpreta los deberes constitucionales del orden judicial, el cual para convencerse de la existencia de la Carta Política y de sus propósitos, no tiene la necesidad de hacer tránsito en el Congreso<sup>12</sup>.

Pero además, nos encontramos ante contradicciones económicas, políticas, culturales, con diferencias de clases y estratos sociales. La violencia sigue desplazando campesinos a las ciudades, y de estas al exterior.

Los nuevos derechos sociales, por su parte, reclaman una mayor decisión. Pero para nuestra constitución no basta proclamar el derecho de acceso a la justicia, sino impedir sus obstáculos consagrando el principio de la *Prelación del Derecho Sustancial*, para acabar con el excesivo formalismo<sup>13</sup>; la abolición de todo proceso secreto y de la prueba idem; la prelación de los derechos de los niños; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho<sup>14</sup>, por ejemplo. Pero tampoco es suficiente proclamar el derecho a obtener esa tutela jurisdiccional sino que ésta no esté sujeta a "dilaciones injustificadas", señalando la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión en que incurran<sup>15</sup>.

Como se puede deducir, las garantías de las partes requieren de un mayor desarrollo en Colombia. La Corte Constitucional ha desarrollado en catorce años una gran obra en ciertos aspectos procesales, sin perjuicio de algunas posturas que han sido duramente criticadas, precisamente al dictar sentencias aparentemente contradictorias, producto del PLURALISMO, en ocasiones, o de la ponderación, en otras.

A la vez, en los tribunales ordinarios no se observan, notables transformaciones. Empero, la nueva generación de jóvenes jueces, que se

<sup>12</sup> CALAMANDREI, PIERO, "La función de la jurisprudencia en el tiempo presente", citado por CAPPELLETTI, en *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ob. cit., pág. 566.

<sup>13</sup> Constitución Política, art. 228

<sup>14</sup> Constitución Política, arts. 29, 44, 53.

<sup>15</sup> Constitución Política, art. 90; art. 40 C.P.C.

están educando en el espíritu de la Constitución son los llamados a adoptar una interpretación más evolucionada y los actuales estudiantes de derecho, mucho más, como lo expusimos en nuestro trabajo *El Nuevo Perfil del Abogado*<sup>16</sup>.

Estas transformaciones tienden a alimentar la esperanza en la realización en Colombia de una justicia más sensible a las necesidades actuales, capaz de vencer el sentimiento del ciudadano corriente contra la judicatura.

### 3. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS PARTES EN EL PROCESO COLOMBIANO.

Tanto la legislación como la doctrina procesal han elaborado una serie de reglas que representan las garantías de las partes frente al Estado-Juez, a la parte contraria y a los terceros.

Recordemos principios como *Nemo Judex Sine Actore* (acción de parte); *nemo judex in re sua* (imparcialidad del juez); *audiatur et altera pars* (contradictorio); también: independencia de los jueces frente al ejecutivo, y la garantía del juez natural preconstituido por la ley, la publicidad; la motivación de las sentencias, el derecho de impugnar sentencia desfavorable; la participación de los jueces populares. Más tarde surgió el de la "Constitucionalización" es decir la inserción de aquellos en las constituciones políticas.

Tal ha ocurrido en Colombia. La Constitución de 1991 nació como una reacción contra las trágicas experiencias de la violencia intestina, de esa guerra civil no declarada, que no cesa, y contra los abusos que el régimen de Estado de Sitio facilitó contra la población civil. Esta Carta Política, en materia de justicia, salvo los reparos que más adelante haremos, ha asumido su carácter de Lex Superior con la inserción de un amplio número de garantías procesales, concernientes a la magistratura, a las partes y a la técnica del proceso.

### 4. CATÁLOGO DE GARANTÍAS PROCESALES EN LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución de 1991 garantiza a todos el derecho a accionar aun contra el Estado (art. 229) ante un "juez natural preexistente" para la tutela

<sup>16</sup> FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. Cf. U. *El uso alternativo del derecho*. 70 aniversario. U. Libre, agosto 1993.

de los propios derechos y los de carácter colectivo (arts. 29, 86, 88, 229). Actúa la separación de las ramas del poder, asegurando la independencia de los jueces que "sólo están sometidos al imperio de la ley", ponderando la Constitución, (arts. 4 y 230), e instituyendo una acentuada forma de autonomía de la magistratura respecto de los otros poderes. Esta autonomía, con ciertos recortes, encuentra su máxima expresión en el Consejo Superior de la Judicatura, que es un órgano compuesto de dos salas: la administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Constitucional y tres por el Consejo de Estado; la jurisdiccional disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años por el Congreso Nacional, de temas enviadas por el gobierno (art. 254). Al Consejo Superior se le ha confiado: administrar la carrera judicial; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerlo. Se exceptúa la penal militar que se regirá por las normas especiales; examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama, así como de los *abogados* en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley; llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales; elaborar el proyecto de presupuesto de la rama para remitirlo al gobierno; dirimir los conflictos de jurisdicción y las demás que señale la ley. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en adelante LEAJ (Ley 270 de 1996), por su parte, señala que las decisiones de quienes administran justicia son absolutamente autónomas e independientes, que constituyen una función pública que cumple el Estado para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la ley, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional (arts. 1 y 5).

Debe hacerse claridad que la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación no tienen dependencia alguna del Consejo Superior de la Judicatura, pues en tanto que aquella es elegida por el Senado de la República para períodos individuales de ocho (8) años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la Fiscalía, por su lado, es integrada por el Fiscal General de la Nación, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determina la ley, y se origina en la presidencia de la República, mediante ternas que le envía a la Corte Suprema. La Carta Política la considera como *parte de la rama judicial pero con Autonomía Administrativa y presupuestal. No tiene dependencia del Consejo Superior*

de la *Judicatura* ni hace parte de él. Su estructura se edifica en los principios de Uniformidad de Actuación, Unidad de Gestión y *Control Jerárquico*, que han puesto en entredicho su funcionamiento. Es sujeto investigador del delito con facultades de Juez y sujeto acusador en la etapa de juicio, conforme al texto original de la Constitución y de la Ley 600 de 2000, pero será únicamente parte, conforme a la reforma constitucional que cambió la estructura de la fiscalía y al código contemplado en la Ley 906 de 2004.

Finalmente, la Constitución garantiza la Prelación del Derecho Sustancial (*iura novit curiae*), art. 228, dentro de la concepción del Debido Proceso para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, (art. 29); el *habeas corpus* (art. 30); la prohibición a la *reformatio in pejus* en el proceso penal, para el apelante único (art. 31); el allanamiento en caso de flagrancia (art. 32); el *nomen tenetur adere contra se* (art. 33); la prohibición de la pena de destierro, prisión perpetua y confiscación y la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (art. 34) y la prohibición de extradición de colombianos por nacimiento y de los extranjeros por delitos políticos o de opinión (art. 34) y el derecho de asilo (art. 36).

##### 5. LA SEGURIDAD JURÍDICA. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS VALORES.

En el contexto de Estado Constitucional la denominada SEGURIDAD JURÍDICA asume unos perfiles que constituyen el PRESUPUESTO DEL DERECHO, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de la que emana de los derechos fundamentales, esto es, los que cimientan el orden constitucional, y por otro lado, la FUNCIÓN DEL DERECHO, que "asegura" la realización de las libertades, lo que la convierte en un VALOR JURÍDICO indiscartable para el logro de los demás VALORES CONSTITUCIONALES.

Las exigencias básicas de la seguridad jurídica se enfocan en lo ESTRUCTURAL, y lo FUNCIONAL. Si lo primero, fijándose en la regulación de las normas e instituciones del SISTEMA JURÍDICO. Si lo segundo, señalando las garantías de cumplimiento del Derecho y la regulación de la actuación de los órganos encargados de su aplicación.

La llamada CORRECCIÓN ESTRUCTURAL se fundamenta en el principio del iluminismo formulado por PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH: "Nullum crimen

nula poena sine lege<sup>17</sup> que también proclama la Carta Política Colombiana en el art. 29<sup>18</sup>, no obstante lo cual, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento al pautar una interpretación del término lege desde los conceptos de *publicidad, claridad, plenitud, jerarquía normativa, irretroactividad, estabilidad* (que se materializa en los conceptos de COSA JUZGADA y DERECHOS ADQUIRIDOS)<sup>19</sup>.

La FUNCIONAL trata de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del derecho, para desembocar en la EFICACIA del mismo, para lo cual cobran importancia las nociones principalísticas de CELERIDAD y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Con esta óptica, comprobar en la realidad social lo uno y lo otro, supone exigencias axiológicas tanto en la técnica legislativa como en la actividad judicial. En otras palabras, confluyen los HECHOS SOCIALES, las NORMAS y los VALORES como integrantes de la experiencia jurídica<sup>20</sup>.

Para nuestro caso, tanto los presupuestos estructurales como los funcionales, son plenamente acogidos en la Carta. La SEGURIDAD aparece como VALOR, PRINCIPIO y DERECHO FUNDAMENTAL, como alguna vez lo expresamos en sesión académica realizada en la sede del Instituto de Derecho Procesal Colombiano.

En efecto, el sesgo axiológico surge en el preámbulo al señalar: "(...) *El pueblo de Colombia (...) con el fin de (...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia (...)*".

Esta proclama se ve corroborada por textos como los siguientes: arts. 2, párrafo 2, 13, 40 y 95 párrafo 1, según los cuales toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, o sea, se halla sujeta al BLOQUE DE LEGALIDAD integrado por la Carta y las leyes, es decir, sujeta al bloque de legalidad integrado por aquella y el entero orden jurídico; todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder

<sup>17</sup> CLAUX ROXIN. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Traducción Cast de F. Muñoz Conde y D. Luzon, publicaciones de la U. de Sevilla, Sevilla España 1981, pág. 98.

<sup>18</sup> "... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

<sup>19</sup> Especialmente la *cosa juzgada constitucional*. Sent. C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, G.C.C. pág. 68.

<sup>20</sup> ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *Lecciones de filosofía del derecho*. Nota 37, págs. 29 y ss. Minerva, Sevilla 3ª edición, 1988.

político, las autoridades protegerán a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para ASEGURAR el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El art. 13, en forma especial, señala que el Estado promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, en tanto que los arts. 4º y 230 garantizan el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PONDERANDO LA CONSTITUCIÓN, complementándose con los siguientes: 28 (la garantía de inmunidad personal); 29 (debido proceso); 30 (habeas corpus) 33 (nomen tenetur adere contra se) 58 (irretroactividad de la ley); 88 (protección de los derechos e intereses colectivos); 229 (acceso a la justicia); 333 (libre competencia económica) y 334 (dirección de la economía). Tienen estos últimos, el fin específico del compromiso de protección de usuarios y consumidores a través de procedimientos eficaces.

El gran capital acerca del tema que nos ocupa, resulta de conectar la dimensión funcional de la seguridad, arts. 40 y 95, párrafo 1, (bloque de legalidad) con su sentido estructural, arts. 4 (norma de normas); 13 (igualdad real y efectiva); 20 (libertad de expresión); 28 (inmunidad personal); 29 (debido proceso) 33 (nomen tenetur adere contra se) 58 (irretroactividad de la ley); 229 (acceso a la justicia); 230 (principio de legalidad); 333 (libre competencia económica) y 334 (dirección de la economía). Todos operan como presupuesto para su incidencia subjetiva *expresa* (en las garantías que dimanar de los arts. 28, 29 y 229), o *implícita* en cuantos supuestos quepa proyectar el esquema objetivo de seguridad al ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Tales disposiciones conectadas al art. 1º Constitucional nos llevará a afirmar que es inherente al Estado Social y Democrático de derecho que la seguridad ofrecida por éste sirva para promover la igualdad real empezando por remover el obstáculo que deriva, a este efecto, del desequilibrio de poder en que en una sociedad neocapitalista se lleva a cabo la contratación sobre bienes de necesidad individual. La legislación de protección a usuarios y consumidores constituye muestra de dicho propósito.

Aquellas normas, contienen cada una, un valor en función de los demás que sirven para promover los valores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho, infiriendo con ello el concepto de *seguridad jurídica* que se resume como "suma de certeza y legalidad, jerarquía de normas, retroactividad, salvo lo previsto en el art. 34, relativo a la extinción del dominio por enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

Como se ve, la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte, que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.

Es justo reconocer que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es pródiga en decisiones tendentes a aplicar tales principios, en particular, respecto a lo que concierne a *tutela judicial efectiva* y el *derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas*, en tanto la primera no se agota en la mera posibilidad de que los ciudadanos tengan acceso y puedan defenderse ante los tribunales, ni se limita a garantizar un fallo fundado en derecho, sino que requiere que las *sentencias se cumplan*, porque lo contrario es convertir el reconocimiento de los derechos en simples declaraciones formales y retóricas; en cuanto a la segunda, las dilaciones injustificadas supone el uso de un concepto jurídico indeterminado que precisa ser dotado de contenido concreto. Al efecto, se relievan criterios objetivos como: naturaleza y circunstancias del litigio en particular; su complejidad; la comparación con lo que en condiciones normales suelen durar otros litigios del mismo tipo; el interés que en el litigio arriesga el demandante, así como la conducta procesal de éste; la diligencia del órgano judicial que sustancia el proceso; las consecuencias que de la demora se siguen para las partes; y la consideración de los medios disponibles.

Un amplio capítulo de "*sentencias de tutela*" se ha orientado hacia el mantenimiento de una coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución de supuestos iguales, en aras de la seguridad jurídica, señalando que la función judicial, reflejada en las sentencias de jueces y tribunales no es de pura *subsunción*, sino *reflexiva*; es el fruto de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas y en definitiva por la constitución. Se explica así la posibilidad permanente de cambio en las decisiones.

No obstante, la teoría de los "derechos adquiridos", a nuestro juicio, no casa con la filosofía de la constitución, pues no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el art. 1º de la Carta, porque esa teoría que obliga a la administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la administración, no concierne al legislativo, ni al tribunal constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la constitución.

La irretroactividad de las leyes, sólo debe concernir a las sancionadoras *no favorables (salvo el caso constitucional citado)* y a las restrictivas de

derechos individuales como lo prevé la Constitución española (art. 9.3), fuera de lo cual, nada debe impedir constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno, dentro de tal filosofía.

El ordenamiento jurídico no permite ser congelado en un momento histórico determinado, porque debe responder a la realidad de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento.

La interpretación sistemática de la constitución estimula una hermenéutica de los diferentes derechos fundamentales que concretan la seguridad jurídica, con su significación como valor y como principio constitucional.

Para concluir este comentario, aludiendo la importancia de los VALORES, no podemos ignorar la existencia de una crisis ética en la sociedad colombiana, pero no tanto porque se estén cuestionando unos valores centrales, sino el modo tradicional de acceder a ellos y de determinar cómo deben encarnarse<sup>21</sup>. No ha de desconocerse que hay unos valores a los que nadie desea renunciar en su vida, como a ser querido, y a querer, a la libertad, a la igualdad, a la justicia, y a la solidaridad. Ocurre que el método de descubrimiento de ellos difiere en el momento actual a lo que sucedió hace treinta años. La época de la moral del camello cargado de pesados deberes de que hablara NIETZSCHE, ha visto su fin, porque en nuestra época encontramos alergia a las obligaciones y a las sanciones, las exigencias y los imperativos morales y se pretende una ética sin sacrificios, pero sin embargo los individuos plantean cada vez más respeto por sus derechos subjetivos. Así observamos al individualista que levanta su voz contra el tráfico de drogas o el deterioro del medio ambiente, pero no se compromete a resolver los problemas, sino que espera que la ley y las personas voluntarias que viven solidariamente hagan frente a la situación. Todo esto postula lo que podríamos llamar la ÉTICA DEL DIÁLOGO que señala a cada persona como un interlocutor válido que debe ser tenido racionalmente en cuenta para la toma de decisiones.

Antes de la Constitución de 1991, Colombia era un *Estado confesional* y en lo que se refiere a la moral, una buena parte de la población la entendía como una parte de la religión, lo que conllevó que ante la

<sup>21</sup> ADELA CORTINA. *El mundo de los valores. "ética mínima y educación"*. Editorial el Búho. 4ª reimpresión 2003, pág. 99.

pregunta: "¿cuál es el fundamento de la ética?", el no creyente solo respondiera con su silencio. La nueva constitución logró la apertura; el Estado ya no es confesional y en consecuencia la moral del deber por el deber no tiene cabida y por consiguiente hay que buscar las respuestas.

#### 6. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Afirma JURGEN HABERMAS<sup>22</sup> que la modernidad constituye un proyecto inacabado y que, en vez de abandonarlo como causa perdida, deberíamos aprender de los errores de quienes tratan de negarla. En igual sentido el filósofo colombiano RUBÉN JARAMILLO VÉLEZ<sup>23</sup>.

El reto de fundamentar los ordenamientos internos y las relaciones internacionales en valores éticos compartidos, o sea universales, sigue vigente, porque si se desea una ética que funcione en beneficio de todos, esta ha de ser única. La humanidad posmoderna requiere objetivos, valores, ideales y concepciones de tal dimensión.

Desde la óptica de los derechos humanos el gran avance de la modernidad consiste en haber formulado tal categoría. A partir de ese momento la titularidad de los derechos, se reconoce como un atributo básico inherente a todos los hombres por el hecho de su nacimiento. En el reciente pasado representa un reconocimiento de la universalidad de los derechos la creación de la Corte Penal Internacional, para sancionar los crímenes más graves contra los derechos humanos<sup>24</sup>.

Observemos que desde mediados de los setenta, algunos constitucionalistas alemanes iniciaron un proceso de decantación de la fórmula "Estado Constitucional", categoría teórica vieja para darle un significado nuevo<sup>25</sup> aunque también en Italia, determinados sectores de la doctrina jurídica se propusieron remplazar la noción de STATO DI DIRITTO por la de STATO COSTITUZIONALE para indicar la existencia de un nuevo estado de cosas en los sistemas normativos democráticos<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *La modernidad: un proyecto inacabado*. En Ensayos políticos, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, España.

<sup>23</sup> RUBÉN JARAMILLO VÉLEZ, *Colombia: la modernidad postergada*. Editorial Temis 1994.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías*. Edit. Trotta 2001. 2ª edición, pág. 125.

<sup>25</sup> PETER HABERLE (1989); MARTIN KRIELE (1980); KLAUS STERN (1980).

<sup>26</sup> ANTONIO BALDASSARE (1991); STEFANO ROPOTA (1993); GUSTAVO ZAGREBELSKY (1995).

En el derecho español, nuestro más cercano antecedente, existen algunas tesis receptoras de la expresión, en cuanto categoría diferenciada del Estado de derecho<sup>27</sup>.

Los cambios así ocurridos son producto de transformaciones políticas, sociales o culturales que las nuevas fórmulas pretenden dar explicación, como corresponde, a nuestro juicio, a la tesis de que la teoría del derecho debe ofrecer una explicación de los cambios que se producen en la experiencia jurídica<sup>28</sup>.

Por tal motivo nos adherimos a la explicación de Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>29</sup>, según la cual, existe un triple desplazamiento en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos, que se concretan en:

- 1) El desplazamiento desde la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución.
- 2) El desplazamiento desde la reserva de la Ley a la reserva de la Constitución.
- 3) El desplazamiento desde el control Jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la Constitucionalidad.

Recordemos que en el estado liberal, la ley es la fuente suprema del Derecho y las demás son subalternas porque ello suponía el cause normal de la expresión normativa del Estado. Hoy detectamos entes que comprometen tal superioridad por virtud de la llamada SUPRA e INFRAESTATALIDAD NORMATIVA<sup>30</sup>.

La primera se refiere a la adopción de normas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes como resultado de expresos actos de aceptación de la estructura normativa de organizaciones Internacionales o supranacionales. Son las experiencias dirigidas al establecimiento de un nuevo IUS COMMUNE, diferente al defendido por las universidades medievales,

<sup>27</sup> GARCÍA PASCUAL, (1997); PEÑA FREIRE (1997); RUBIO LLORENTE (1994); MANUEL GARCÍA PELAYO (1991).

<sup>28</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. *La crisis del Estado de Derecho Liberal*. Schmitt en Weimar. Ed. Ariel. Barcelona, España. 1ª edición 1989.

<sup>29</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. U. Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 23. 1ª edición, 2002.

<sup>30</sup> PÉREZ LUÑO. Ob. cit., pág. 62.

que tienen su lugar de encuentro en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas y, reglas de comercio Internacional. En otras palabras se ha iniciado la abolición del protagonismo del Estado Nacional, con la creación del sistema de fuentes<sup>31</sup> se ha generado el BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. Al lado se encuentra igualmente la INFRAESTATALIDAD NORMATIVA manifestada en el pluralismo de fuentes por razones de lugar, persona y materia. El fenómeno de la autonomía territorial, la descentralización administrativa, y las atribuciones de determinados grupos o colectivos sociales, como los sindicatos, asociaciones de consumidores y los códigos tipo.

Frente a esto surge, por otra parte, la idea del PLURALISMO que supone el paso a la libertad, o de autonomía interna para las organizaciones sociales; el pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa (poder de autogobierno, autogestión y autojurisdicción).

Esto ha dado en llamarse proceso de subversión de la jerarquía de fuentes, una de las cuales es el referente al VALOR CREATIVO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Así, en nuestro país las sentencias de la Corte Constitucional, particularmente las integrativas<sup>32</sup> ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa, por cuanto la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consecuente judicialización del ordenamiento dejan entrever la superioridad jerárquica de aquellas, con la excepción, naturalmente, de la propia carta. Afirmar la Corte que:

“La jurisprudencia (...) ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la carta, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que solo el Congreso de la República, interpreta por vía de autoridad.

<sup>31</sup> Art. 93 C.P.: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

<sup>32</sup> Sentencia C-37 de febrero 5 de 1996. Análisis de la LEAJ. Art. 48 Ley 270 de 1996. MP. Vladimiro Naranjo.

Elo es válido, y así lo define el art. 150-1 de la carta, únicamente, en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional...”.

Tales razones llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “solo” y el “Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha comentado, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general.

Y es que el pluralismo jurídico lleva a abandonar la idea de la jerarquía de normas basada en la soberanía del Estado, toda vez que las fuentes no opera a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones.

Por ello la primacía de la Ley le cede el paso a la Constitución que como cúspide de la pirámide, garantiza la conformidad a su contenido y la consecuente invalidez de las que la contradicen.

Por ello, como opina GUSTAVO ZAGREVELSKY<sup>33</sup>:

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”.

En el Estado Constitucional, que es el Estado de una “sociedad abierta”, el sistema jurídico y sus postulados básicos exigen del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico por un pluralismo metódico.

Nuestra Constitución cuando proclama en su art. 230 que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley”, lo hace en términos de “principio de Constitucionalidad” al complementarse con el art. 4º, ibídem, que la señala como “norma de normas” y que: “... es deber de los nacionales y de los extranjeros (...) acatar la Constitución y las Leyes...”.

A nuestro juicio, la supremacía de la Constitución opera plenamente respecto a la Ley y la propia actividad del legislador por cuanto la voluntad y racionalidad del Constituyente objetivadas en ella no solo se sustentan

<sup>33</sup> Cita hecha por PÉREZ LUÑO, ob. cit., pág. 66.

en su origen sino que, es el sostén permanente del orden jurídico estatal y determina límites a la potestad del legislador<sup>34</sup>.

Por el lado de la RESERVA LEGAL, esta ha dejado de ser una garantía para regular cuestiones jurídicas básicas y por ello en la Carta existen ámbitos en los que atribuye al Congreso alguna función constituyente para el desarrollo de cuestiones Constitucionales básicas<sup>35</sup> como el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; organización y régimen de los partidos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales, a través de leyes estatutarias.

Es de prever que la integración en los textos constitucionales de la disciplina, *in extenso*, en todas esas cuestiones jurídicas básicas sería inadmisibles, por lo que los Estados Constitucionales del presente han diseñado normas especiales, que si bien son leyes formalmente, materialmente se integran de lleno en el bloque de la Constitución, como sucede con la LEAJ al implicar el desarrollo de aquella en aspectos nucleares.

Finalmente, en orden al CONTROL JURISDICCIONAL de la LEGALIDAD por virtud de la sumisión de la actividad de los poderes públicos al control de los tribunales, mediante la jurisdicción especial del contencioso administrativo, el tránsito al Estado Social de Derecho, tras el fin de la segunda posguerra, dio inicio en las democracias occidentales, a la justiciabilidad del contenido de las constituciones, concretamente de los derechos fundamentales en ellas consagrados. Así, por ejemplo, la ACCIÓN DE TUTELA, en cabeza de todos los jueces, en lo que ha dado en denominarse la JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD, constituye un elemento básico del arquetipo "Estado Constitucional", lo que igualmente ha acontecido en el derecho comparado en la Europa Occidental, como sucedió con la Constitución Francesa de 1946.

Nuestro más alto Tribunal Constitucional no ha dudado en proclamar desde sus primeras decisiones, el carácter normativo y vinculante del texto de 1991, señalando varios preceptos Constitucionales como de aplicación

<sup>34</sup> JURGEN HABERMAS. *Más allá del Estado Nacional*. Ed. Trotta S.A. 2ª edición. 1998, pág. 171: "... una república no tiene en definitiva otra estabilidad que la que le confieren las raíces que los principios de su constitución echan en las convicciones y practicas de sus ciudadanos...".

<sup>35</sup> Art. 152 C.P.

inmediata y que vinculan a todos los poderes públicos y que son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos. Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se han opuesto por considerarse cada una de ellas la cabeza de la justicia ordinaria y administrativa, respectivamente, lo cual ha originado serias polémicas que, a nuestro parecer, son producto de las profundas transformaciones que supone el Estado Constitucional.

## 7. SIGNIFICADO DE ESA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONSECUENCIAS DE SU VIOLACIÓN.

Además del valor político, el significado jurídico es trascendental. Conocemos perfectamente que la constitución puede ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. Su trámite es el de toda Constitución rígida, lo que significa dificultad para su modificación. Por consiguiente, para una lesión de derechos constitucionalmente garantizados por actos judiciales, debe existir un control de legitimidad.

Pero esta garantía de control, aun cuando importante, no parece siempre suficiente cuando uno se encuentra frente a la violación de los derechos fundamentales, proclamados como preeminentes e inviolables por la constitución como lo hace el art. 85, por ejemplo, al indicar que son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. No me queda duda que el primer tutelador de estos derechos lo es el juez del conocimiento del respectivo proceso, como tuve oportunidad de expresarlo en otro trabajo<sup>36</sup>, pues ante todo es controlador de la constitucionalidad, como se ha demostrado a través del ejercicio de la tutela.

Empero, ha sido permanente, durante los tres primeros quinquenios de la Carta la discusión sobre la procedencia de la acción de tutela contras las providencias judiciales.

Nuestra posición es la de que las providencias son las que menos deben violar los derechos fundamentales lo que, teóricamente, no daría lugar a

<sup>36</sup> FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. *El Derecho Procesal y la Nueva Constitución*, Díké Medellín, 1992. Autores varios.

acudir a la tutela. Sin embargo, nadie puede desconocer que los altos tribunales han violado derechos fundamentales con sus decisiones.

Así, la violación de tales derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados pueden ser objeto de aquella de conformidad con el texto constitucional a través del cual se refiere a "cualquier autoridad pública".

La Corte Constitucional, a pesar de lo dicho, ha sostenido dos tesis en relación con el punto. La primera niega la posibilidad<sup>37</sup>; la segunda que la admite sólo para los casos en que con ella se produzcan "perjuicios irremediables"<sup>38</sup>. Nuestra propuesta sobre el punto la explicaremos al final de este ensayo.

## 8. DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y DERECHOS SOCIALES.

El tema tratado en el apartado anterior es, a no dudarlo, un importante aspecto de lo que podemos llamar el *Procesalismo Moderno*.

Empero, coloquemos en un sitio muy destacado la integración de lo tradicional con los llamados "derechos sociales".

Piero Calamandrei<sup>39</sup>, al reclamar una justicia real, y no solamente aparente, expresó:

*"no bastan que ante el juez estén dos partes en contradictorio, de modo que el juez pueda oír las razones de las dos; sino que es necesario además que estas dos partes encuentren entre sí en condiciones de igualdad no meramente jurídica (se puede querer decir meramente teórica), sino que exista entre ellas una efectiva paridad práctica, que quiere decir paridad técnica y también paridad económica. También frente a la administración de justicia existe el peligro de que caiga sobre el pobre aquella maldición que pesa sobre él cada vez que los ordenamientos democráticos se limitan a asegurarle, a él como a todos los ciudadanos, las libertades políticas y civiles, las cuales muchas veces, cuando le faltan los medios económicos indispensables para valerse prácticamente de esas libertades, se resuelven para el pobre con*

<sup>37</sup> Sentencia 232, mayo 20 de 1992. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

<sup>38</sup> Sentencia No. 6 de mayo 2 de 1992, Corte Constitucional.

<sup>39</sup> *Proceso y democracia*, publicado en 1965 en edición al cuidado de Cappelletti, M., vol. I. Murano, Napoli, según anota este en *Proceso, Ideologías, Sociedad*, ob. cit.

*una irrisión. La ley es igual para todos, es una hermosa frase que anima al pobre, cuando las salas judiciales; pero cuando se da cuenta de que, para invocar la igualdad de la ley en su defensa, es indispensable la ayuda de esa riqueza que él no tiene, entonces aquella frase le parece una befa a su miseria; como si leyese escrito en un muro que, en virtud de la libertad de prensa (...), todos los ciudadanos son igualmente libres de publicar una gran diario de informaciones o, en virtud de la libertad de prensa (...), todos los ciudadanos son igualmente libres de enviar a sus propios hijos a los estudios universitarios”.*

Con la Constitución se pretende entonces que a aquellas clásicas garantías del proceso “liberal” se junten las que dan origen al proceso socialmente “justo”<sup>40</sup>. He ahí el “misterio” del tránsito del “Estado de Derecho” al “Estado Social de Derecho” y finalmente al Estado Constitucional.

Todas las fuerzas políticas que confluyeron en la Asamblea Nacional Constituyente, quisieron constituir esa avanzada tentativa de conciliación y de coordinación entre el individualismo liberal, dirigido a garantizar sobre todo el individuo en sus relaciones con la autoridad, y el de inspiración social, enderezada a asegurar sobre todo la igualdad social. De ahí el contenido del art. 2º ya comentado.

#### **9. EL DERECHO PROCESAL: GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

La realización del derecho no se promete sino que se efectiviza a través del proceso. El art. 1º de la ley estatutaria de la LEAJ, expresa:

*“ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en ellas, con el fin de realizar la convivencia y lograr y mantener la concordancia nacional”.* En las conclusiones referiré el decir de la H. Corte Constitucional sobre el punto.

Esto indica que el proceso es un medio de protección de los derechos humanos y por consiguiente de los derechos fundamentales, diferentes al DEBIDO PROCESO.

<sup>40</sup> CAPPELLETTI, M., *Proceso, Ideologías, Sociedad*, pág. 553.

## 10. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS.

Con todo, es sabido que los derechos subjetivos sólo se garantizan mediante normas vinculantes. En la actualidad se considera que el derecho subjetivo no es, conceptualmente, ni un poder de la voluntad ni un interés protegido, sino una POSICIÓN JURÍDICA, una de cuyas propiedades es su exigibilidad judicial, como lo hemos expresado up-supra. Por ello y en razón de la orientación que los derechos fundamentales tienen hacia la protección del individuo, en caso de duda, debe partirse de la base de que ellos representan derechos subjetivos. De hecho, afirma FERRAJOLI en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden (se refiere a los intereses sustanciales) con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos<sup>41</sup>.

## 11. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS Y COMO VALORES.

Como habrá podido observarse, el centro de este estudio parte de que las normas de derecho fundamental son normas de principio, por lo cual conviene desde ya hacer énfasis en los siguientes aspectos:

### a) *La diferencia, entre reglas y principios en la teoría jurídica.*

Sobre este tema, RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY<sup>42</sup> expresan que constituye la clave para la solución de problemas modulares de la dogmática de los derechos fundamentales<sup>43</sup>. Afirman tales autores que los PRINCIPIOS contienen un deber PRIMA FACIE, en tanto que las reglas, un DEBER DEFINITIVO; que la forma de aplicación de los principios es la PONDERACIÓN, mientras bajo las reglas solo se SUBSUME; que los conflictos entre principios se deciden en la DIMENSIÓN DEL PESO; los conflictos entre reglas en la DIMENSIÓN DE LA VALIDEZ; que a las reglas les hace falta la dimensión del peso, propio de los principios; que las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible; que los principios en cambio, representan un objeto de optimización que puede ser realizado en un grado máximo, según las

<sup>41</sup> LUIGI FERRAJOLI. Ob. cit., pág. 39.

<sup>42</sup> R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge. Mass Harvard University, 1978. ALEXI ROBERT. *Theorie de Grundrechte*, pág. 27.

<sup>43</sup> M. ATIENZA R. RUIZ MONERO. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996. BOROWSKI, ob. cit. pág. 48. Trad. Luis Villar Borda.

posibilidades fácticas y jurídicas; que son gradualmente realizables; que el grado de su realización e importancia, determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre varios.

Para el caso colombiano podemos citar algunos casos planteados al interior de la Corte Constitucional, partiendo de una parte el interés del Estado en la prevención y el castigo de delitos y, por el otro, el interés en la preservación de las garantías procesales. El principio tiene un "objetivo social", como lo plantea DWORKIN; el segundo es en defensa de la persona y constituye un "derecho". Si se inclina por las garantías individuales se muestra temor al exceso de poder; si se inclina por el segundo se muestra temor a la anarquía<sup>44</sup>.

Así, en la sentencia T-561 de 1993 por la cual se denegó la tutela interpuesta por un detenido presuntamente vinculado a actividades guerrilleras, que pedía que se retirara de la televisión un aviso en el que aparecía una foto junto con un mensaje en el que se le tachaba de "delincuente", a pesar de no haber sido condenado, la cual prosperó, en el salvamento de voto señala que<sup>45</sup> "... es preferible afrontar los perjuicios derivados de una limitación del ejercicio del poder, que los perjuicios derivados de su ejercicio indiscriminado". Los magistrados defensores de la autoridad estatal plantearon lo contrario, según la siguiente lógica<sup>46</sup>:

- 1) La actividad racional por excelencia es "ordenar".
- 2) Los derechos fundamentales son medios que sirven a la realización del interés general, y "no fines en sí mismos". El fin en sí mismo es la prevalencia del interés de la mayoría: "El debido proceso, como estructura formal, debe ceñirse a los fines del Estado social del Derecho y adecuar su ser a la realidad".
- 3) El juez debe servir los intereses de la mayoría, representados en las necesidades de seguridad y paz.

<sup>44</sup> BOBBIO, NORBERTO. *Derecho e Izquierda*. Madrid, Tauros, 1995, pág. 121. Cita a Dino Cofrancesco, quien considera que el temor al autoritarismo o a la anarquía es lo que distingue, en términos políticos, la derecha y la izquierda: "los de izquierda están obsesionados con el abuso del poder, los de derecha por su ausencia; los primeros temen a la oligarquía, origen de toda vejación, los otros a la anarquía, fin de toda convivencia civil".

<sup>45</sup> Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango, salvamento de voto Eduardo Cifuentes.

<sup>46</sup> Sentencia C-150 de 1993 que declaró inexecutable las normas del Decreto 2700-91, que restringía el derecho de contradicción de la prueba y de defensa de los sindicatos de delitos de conocimiento de la justicia regional. MP. Mario Morón. Salvamento de voto de Vladimiro Naranjo.

- 4) Los derechos fundamentales son de interés solo de sus titulares y por tanto, son intereses privados. Sobre ellos prevalece el interés público.
- 5) El derecho no debe ser obstáculo para la represión de las anomalías sociales. Los derechos fundamentales no pueden interponerse en el camino de la realización de la paz social.
- 6) La sociedad tiene que defenderse eficazmente de los delincuentes. Es absurdo "*hacer prevalecer el interés particular de los procesados justamente de aquellos sindicados de los más atroces delitos, sobre el interés general de la sociedad*".

Idéntica posición se encuentre en la sentencia de tutela U-327 de 1995<sup>47</sup> en que la Corte estableció la prevalencia del principio de la NO REFORMATIO IN PEJUS sobre el de LEGALIDAD DE LA PENA, al resolver un enfrentamiento entre el Estado y el ciudadano. En esta sentencia, cuatro de los nueve magistrados salvaron voto, por considerar que el resultado del juego debía ser el contrario.

Como se observa, mediante la ponderación se establece cuál de los dos principios posee un mayor peso de conformidad con las circunstancias concretas de colisión. El principio con el mayor peso en este caso, la prohibición de la Reformatio in pejus, tiene prevalencia. El otro principio, el de legalidad, se relega a un segundo plano en el caso concreto.

*b) Argumentos en contra de la interpretación de los derechos fundamentales como principios.*

Se han esgrimido varios argumentos que tienen que ver con el tratamiento de ellos en calidad de principios como normas jurídicas; respecto de la ponderación; ora cuando se los trata como normas programáticas; ora por virtud de su vinculación a la comunidad y porque su ejercicio, pueden significar una falta de honestidad.

Frente a tales ataques se ha afirmado que el punto crucial de los derechos fundamentales radica en que los casos sólo pueden resolverse con base

<sup>47</sup> M.P. Carlos Gaviria. Salvamento de voto de Jorge Arango, Hernando Herrera. Vladimiro Naranjo y Fabio Morón. De acuerdo con la Corte, "*se trata de un juego limpio que, en el fondo, tal es el debido proceso que ninguna de las partes puede infringir y mucho menos el Estado a cuyo cargo está la guarda de la garantía*".

en las determinaciones del constituyente, según su sentido semántico e intencional, de suerte que el aplicador del derecho debe establecer una determinada normativa que conduce al interrogante de si la ponderación de principios representa un procedimiento racional.

Se arguye que lo anterior es una propiedad que caracteriza a todo procedimiento decisorio en cuestiones normativas que, para el caso, necesita de una fundamentación desde la perspectiva de una teoría externa denominada de la ARGUMENTACIÓN JURÍDICO RACIONAL<sup>48</sup>. Cuando se quiere introducir una decisión divergente en el sistema, se tiene entonces la carga de la argumentación. De esta manera se estructura una teoría de formación de precedentes. Si se entiende la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un sistema de estas características, se genera SEGURIDAD JURÍDICA.

Ligada a la teoría de la argumentación jurídico-racional y con la ayuda del concepto de ponderación, la teoría de los principios permite obtener todo tipo de decisiones racionales relativas a cuestiones normativas.

Con la anterior premisa, argumentan los opositores, que cada ley del congreso debe convertirse en una intervención en el derecho fundamental. Es decir que la actividad legislativa del órgano legislativo democráticamente legitimado, es una ejecución de la constitución. Se ha respondido que el resultado de la ponderación no puede vulnerar el principio democrático, ni con ello, las competencias del legislador. Este compromiso entre la libertad y la sujeción se apoya en los principios del moderno Estado Constitucional. A nuestro juicio, esto ocurre con la constitución colombiana en cuyo artículo 1º establece el principio democrático, y por otra parte, en el art. 4º párrafo 2 estatuye la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales. Lo mismo ocurre con la ley fundamental alemana, (art. 20 inciso 1 y art. 1º inciso 3º), como con la constitución española (arts. 1º y 15)

Al criticarlos como enunciados programáticos se teme una vinculación demasiado fuerte del legislador; se contraargumenta empero, que tales derechos en su interpretación como principios no deben ser confundidos con enunciados programáticos, en el sentido de la Constitución de Weimar<sup>49</sup>, es decir, con normas no vinculantes, porque los derechos

<sup>48</sup> ROBERT ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>49</sup> Constitución del imperio alemán de 11 de agosto de 1911. Léase "*La crisis del Estado de Derecho liberal*" ob. cit.

fundamentales en ella varían únicamente en el marco de las leyes, las cuales podían vulnerarlos. Sin embargo, los derechos fundamentales del moderno Estado Constitucional Democrático se garantizan mediante normas vinculantes.

Desde el ángulo de la vinculación de la comunidad a los derechos, la interpretación de los derechos fundamentales como principios no se contraponen con una vinculación de los derechos individuales al bien común, sino que permite una interpretación racional.

Finalmente, el argumento de la falta de honestidad se ha refutado sosteniendo que esta se presenta si se ha prometido más de lo cumplido, pero que un principio solo genera el punto de partida para obtener un resultado acertado luego de una ponderación, pues interpretar un principio no se puede convertir en promesa de un derecho definitivo.

## 12. EL CONTENIDO Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO OBJETOS DE INTERPRETACIÓN.

En un primer instante, los argumentos lingüísticos y genéricos prevalecen por sobre los demás argumentos interpretativos, por lo que, en la ponderación metodológica, en la que se pesan los principios, aquellos tienen una prioridad *prima facie*<sup>50</sup>. Por ello la vinculación a lo querido por el constituyente es prioritario mediante la ponderación que se presenta en colisión entre principios.

Interpretar normas, por su lado, no solo se refiere a su contenido en sentido estricto, sino en relación con el ordenamiento de las categorías estructurales: normas vinculantes y no vinculantes; objetivas o subjetivas; reglas y principios.

Veamos:

a) En sentido estricto.

Se trata de inquirir sobre qué mandatos, prohibiciones o permisiones contiene una disposición.

b) Por la estructura.

<sup>50</sup> MARTÍN BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. serie de teoría del derecho y filosofía del derecho. No. 25. 2003. 1ª edición. pág. 105.

Se pretende examinar las modalidades de la norma que pueden ofrecer validez de diversas maneras según qué propiedades estructurales sean reconocidas. Así el art. 35 C.P. expresa que la extradición no procede por delitos políticos.

Si la norma no fuere vinculante, no se sancionaría su violación, pero como lo es, como norma objetiva que no garantiza ningún derecho subjetivo, puede sancionarse su vulneración.

Si el inciso 3º del mismo artículo se interpreta como una regla, entonces la prohibición de extradición es estricta. Si se mira como un principio, al ponderarlo con otros puede llegar a ceder ante ellos.

La interpretación de la estructura de normas de derecho fundamental sigue las reglas generales de la interpretación constitucional.

La cuestión de si una norma de derecho fundamental representa una regla o un principio, puede ser solucionada mediante la pregunta de su capacidad para ser ponderada. Si ella puede ser objeto de la ponderación en el caso concreto, necesariamente se trata de un principio.

### 13. LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL.

Como lo ha expresado Cappelletti<sup>51</sup> una tendencia del nuevo derecho es la justicia supranacional o transnacional.

A partir de la segunda posguerra se operó un cambio en la consideración de los intereses principales y fundamentales del hombre.

Es así como comienza a conciliarse el derecho interno con el derecho supranacional lo que supera el dogma de la soberanía en beneficio de la efectiva vigencia del derecho<sup>52</sup>.

En efecto, los derechos humanos consagrados en las cartas internacionales que se han sucedido desde 1948 confieren una categoría especial a los reconocimientos allí hechos, toda vez que los ubica por encima del derecho interno.

<sup>51</sup> *La justicia constitucional como jurisprudencia para la defensa de la libertad*, pág. 83.

<sup>52</sup> VASAK, K. *Hacia una legislación Internacional de los derechos humanos, en las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III., cit. pág. 870.

En el caso colombiano, los derechos y libertades reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, se han incorporado a nuestra legislación interna con la Ley 16 de 1972 por la cual se reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos sobre todos los casos relativos, a la interpretación o aplicación de la Convención bajo condición de reciprocidad.

A su vez la Carta Política<sup>53</sup> enseña que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia. Remata el capítulo 4º del título II: *"De los derechos, las garantías y los deberes"*<sup>54</sup>, expresando que *"la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos"*.

De esta forma surge el Derecho Procesal Transnacional que, por otra parte, queda colocado como una técnica de protección de los derechos fundamentales distinta al derecho interno: EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

#### 14. EL PROCESO: UNA GARANTÍA.

Se trata de un instrumento único y universal que permite la protección de los derechos fundamentales.

Es cierto que teleológicamente está al servicio del derecho y del hombre, pero no en todos los lugares el acceso a la justicia tiene la misma posibilidad.

Hay muchas alternativas, por virtud de que la organización judicial no es uniforme en todos los países. Existen sistemas con tribunales constitucionales, pero los hay donde éstos no existen y entonces el proceso debe convertirse en una garantía esencial.

#### 15. PRINCIPIOS PROCESALES PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Violar los derechos fundamentales o no permitir su ejercicio constituye un abuso de poder, lo que autoriza la búsqueda de los mecanismos para

<sup>53</sup> Art. 93 ya citado y transcrito.

<sup>54</sup> Art. 94.

ponerlos en vigencia. La protección se encuentra incita en el plano de los principios, como, por ejemplo, la Constitución colombiana consagra una serie de garantías que tienden a dignificar a la persona tal como quedó expresado en el número 4 de este escrito.

Se puede concluir entonces que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales puede componerse a partir de tres consideraciones:

- a) Los medios procesales ordinarios: son los procedimientos de los diversos códigos procesales, como sucede con el proceso civil; el de familia; el penal; el administrativo y el agrario, mediante lo que ha dado en llamarse *El Derecho Constitucional Procesal*.
- b) Las garantías del derecho procesal que consagran principios como el debido proceso. El correcto enjuiciamiento.
- c) Los procedimientos y los procesos constitucionales: TUTELA, HABEAS CORPUS, DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD. De esta forma cobra importancia los llamados medios indirectos o vías no procesales que incluyen las garantías constitucionales del proceso<sup>55</sup>: derecho a ser juzgado por un tribunal idóneo, independiente y responsable; debido proceso; procesos ordinarios (civil, penal, laboral). Lo que constituye el DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

#### 16. LA JURISDICCIÓN COMO PODER. EL SISTEMA DIFUSO COLOMBIANO.

Nuestro país organizó el sistema de control otorgando a todos y a cada uno de los jueces la potestad de controlar los principios constitucionales y la constitucionalidad de las leyes, (excepción de inconstitucionalidad) sin perjuicio de la competencia otorgada a la Corte Constitucional y al Contencioso Administrativo.

En efecto, el juez está obligado a interpretar la ley para adecuarla al caso particular, si se encuentra que existen leyes o normas en conflicto, debe aplicarse aquella que cuente con preeminencia constitucional, y si son de igual jerarquía debe recurrir a los principios generales: *lex posteriore derogat, legi priori; lex specialis derogat legi generali*. Si hay conflicto entre principios debe proceder a ponderar.

<sup>55</sup> FLOREZ GACHARNÁ, JORGE. Ob. cit., Diké, 1991.

Es que, en esencia, el control de Constitucionalidad se traduce en la no aplicación de normas incompatibles con la superior, lo cual conlleva a afirmar que los jueces están investidos de "poder político", a través del cual descalifican (así sea para el caso concreto) normas y leyes incompatibles con la constitución.

Agregamos a la anterior que si destacamos la teoría Kelseniana<sup>56</sup>, la tarea del juez no se agota en la interpretación porque al resolver, crea una verdadera norma individual.

#### 17. RECONOCIMIENTOS DE OBSTÁCULOS.

En Colombia los códigos se siguen aplicando sin tener en cuenta la realidad expresada en los apartados anteriores.

¿Cuáles son entonces los obstáculos?

- a) La falta de giro que requiere la educación en lo fundamental, como lo prevé el "Código Educativo", a largo, corto y mediano plazo.
- b) Debe imponerse una nueva orientación en los contenidos y las metodologías en la enseñanza del derecho.
- c) Los elevados costos.
- d) La excesiva duración de los procesos.
- e) Las fallas en la formación de abogados y jueces.
- f) La supervivencia de los formalismos innecesarios.

#### 18. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

El Estado Constitucional en la forma que lo hemos descrito produce cuando menos los siguientes efectos en el proceso judicial.

- a) El derecho fundamental de acceso a la justicia supone un nuevo enfoque del fenómeno jurisdiccional, con una dimensión Constitucional prevalente.

La sentencia C-37 de 1996, al considerar exequible el art. 2º de lo que es hoy la Ley 270 de 1996, señaló:

<sup>56</sup> Teoría pura del derecho, Eudeba, Bs. As., 1969, pág. 154.

*"... el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa –que está contenido en los arts. 29 y 229 de la Carta Política–, como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el art. 86 superior".*

b) Tenemos así una mayor exigencia en la observancia de los PRINCIPIOS y VALORES; DERECHOS y DEBERES en la estructura y actuación pre y procesal conforme a los arts. 1 y 2 de la carta y 1 de la LEAJ, es decir, tanto en los llamados medios alternativos para la solución de conflictos como dentro del propio proceso judicial.

La misma sentencia al referirse a la administración de justicia como parte de la *función pública* del Estado, señala:

*"... se trata como bien lo anota la disposición que se revisa (art. 1º), del compromiso general de alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo..."*

*"(...) implican (...) en ultimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado Social de Derecho, un mayor **dinamismo judicial**, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien lo define el art. 228 del Estado Fundamental..."*

c) Se ha originado una nueva estructura de fuentes del derecho.

En efecto, a través de las sentencias C-113 de 1993, C-130 de 1993, C-083 de 1995, T-123 de 1995, y T-260 de 2005, la Corte Constitucional afirma el principio de separación de poderes y de autonomía judicial por el cual sólo le es dable a ella misma regular los efectos de sus propios fallos, dando origen a:

1) Sentencias modulativas tipo C advirtiendo que la Carta no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (inexequibilidad) (art. 241.4 C.P.).

2) Sentencias con efectos impersonales en las tipo T por vía de revisión. Con respecto a estas se ha dicho:

*"Por lo demás, cave puntualizar que las sentencias judiciales a través de la cuales se deciden acción de tutela, solo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591 de 1991, art. 36), sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y oriente la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, percibe la realización el principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo ordenado, respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo inciso del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos Constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad".*

3) Sentencias tipo SU. Esta clase de pronunciamientos determinan un valor de PRECEDENTE CONSTITUCIONAL que debe decantarse a fondo.

d) En las diversas clases de procesos civiles, laborales, administrativos y, en lo pertinente en el penal, tenemos; a título simplemente enunciativo.

1. Supresión del acto de presentación de la demanda. La presentación personal sólo debe exigirse para los poderes y los actos de disposición del derecho en litigio (arts. 11, 12 y 13, Ley 446 de 1998).
2. Menos rigurosidad en la exigencia de los requisitos formales de la demanda. No se compadece que esta sea inadmitida y rechazada

por no expresar que el demandado sea mayor de edad, si en el líbello se señala su documento de identificación.

3. El derecho de señalar los presupuestos procesales defectuosos de la demanda, por parte del demandado, se pueden reducir a la impugnación por vía de reposición contra el auto que la admite, sin perjuicio del control de oficio que debe cumplir el Estado-Juez.
4. La perspectiva de reforma de la demanda no se debe extender a la contestación de la misma pues el hecho de que el juez pueda declarar de oficio las excepciones de mérito, dependen de su prueba y no de su alegación, salvo los casos de PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN y NULIDAD SUSTANCIAL RELATIVA, que sí deben alegarse. Igualmente los defectos en la contestación de la demanda por no reunir los requisitos, debe tener un efecto diferente al de señalarlos y correr traslado para su subsanación, pues al no hacerlo y no tener por contestada la demanda por tal razón, constituye una violación al DERECHO DE DEFENSA y fundamentalmente al principio de PRELACIÓN DEL DERECHO SUSTANCIAL.
5. La actividad probatoria exige mayor ACTIVISMO JUDICIAL, por virtud de la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA que determina la búsqueda de un MÍNIMO DE JUSTICIA MATERIAL. La Corte Constitucional mediante sentencia T-006 de 1992 expresó: "*... la regulación legal de la cosa juzgada debe, en aras de la seguridad jurídica, sacrificar lo menos posible de justicia*".
6. Decreto oficial de prueba (en ejercicio de su función) en todas las áreas procesales. Código que lo prohíba entra en conflicto con el principio Constitucional.
7. Redistribución de la carga de la prueba para procurar, como el anterior, hacer REAL y EFECTIVA la IGUALDAD MATERIAL y la SOLIDARIDAD. Introducción del concepto de CARGA DINÁMICA de la PRUEBA (sentencias de 30 de julio y 13 de agosto de 1992, Consejo de Estado. Sección III, radicación 6897 t 7247. Actores Gustavo Eduardo Ramírez y otra. M.P. Daniel Suárez Hernández).
8. En la preparación de la prueba anticipada la intervención de un sujeto procesal diferente a un juez, como los notarios, su ritualidad debe seguir las mismas directrices constitucionales de éste, así sea para prueba sumaria.

9. En materia documental deben aplicarse las reglas de la Ley 794 del 2003, recogidas del Decreto 2651 de 1991 y de la Ley 446 de 1998, que desarrollan el artículo 83 de la Carta.
10. La decisión judicial debe fundarse en la prueba regular y oportunamente aportada, sin perjuicio de la ponderación de principios para alcanzar una adecuada comprensión y aplicación de las normas y de esa manera encontrar una decisión correcta, es decir fundamentada en el sistema jurídico.

Así, las exigencias metodológicas deben obedecer a criterios de racionalidad que resultan de los principios generales del estado de Derecho Constitucional, las normas jurídicas y los valores sociales establecidos.

No es suficiente exteriorizar los argumentos que apoyan la decisión conforme a las reglas metodológicas porque ellos deben también ser efectivos y aceptables en cuanto, se reitera, el juez debe descubrir el contenido adecuado de las normas y principios que implican su decisión, en la vía de un análisis socio-axiológico de la constelación de intereses y concepciones políticas y éticas; elaborar la regla de decisión en la interdependencia de caso y norma y, por último, resolver el caso.

El juez debe esforzarse por conformar el contenido de su decisión de forma tal que ella no solo afirme un análisis jurídico formal, sino también que pueda ser aceptada como justa por los círculos sociales interesados. Convergen así las exigencias de RACIONALIDAD con los requerimientos de JUSTICIA SOCIAL.

11. La congruencia de las sentencias no se opone a la ponderación de principios Constitucionales nacionales y supranacionales que ofrece la gama de derechos fundamentales.
12. Los actos de disposición como el desistimiento, la transacción, la conciliación deben ser vigilados por el juez y/o el conciliador (en su caso) para garantizar la efectividad de los principios, valores y derechos ciertos e indiscutidos, como el deber de respetar el derecho ajeno y no abusar del propio.
13. Los RECURSOS, como garantía de TUTELA JUDICIAL EFECTIVA deben **estructurarse así:**

a) La violación perpetrada por una sentencia judicial al VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES se vicia de ilegitimidad y por consiguiente debe estar sujeta a los medios de impugnación y en particular, por error de derecho, en CASACIÓN o en REVISIÓN, y en ambos casos con REVISIÓN ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

b) Si la violación de derecho fundamental es perpetrada por un auto, la actuación está viciada de ilegitimidad y por la misma razón estará sujeta a los medios de impugnación normales, por error de derecho y su ejecutoria debe dar lugar a TUTELA ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL, con recurso ante la CORTE EN PLENO.

De esa manera se garantiza la certeza que se prevé para la COSA JUZGADA en caso de sentencia y para los autos que se asimilan a ésta y se pondría fin a las discusiones sobre la procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales.

14. En el PROCESO PENAL, en los casos que admitan conciliación o mediación, la figura debe facilitarse en los actos de prueba, para que estos se conviertan en actos de conciliación.
15. En las actuaciones de DERECHO de FAMILIA debe advertirse la creación de la LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA EN LA CAUSA que diseña el art. 44 C.P. al habilitar a cualquier persona para exigir de la autoridad competente el cumplimiento y la sanción de los infractores relacionadas con la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, por lo cual debe preferirse a las normas del Código del Menor que, como reglas, restringen la legitimación en la causa.
16. En el proceso CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO se presenta una nueva forma de control de legalidad al ejercerse la denominada ACCIÓN POPULAR al possibilitarse la suspensión de los efectos de un ACTO ADMINISTRATIVO al estimar que éste amenaza (daño contingente) o viola (daño cierto), un DERECHO COLECTIVO, al margen de las consideraciones del ESTADO LIBERAL sobre el CONTROL DE LEGALIDAD, porque, como atrás quedó reseñado, existe un desplazamiento del control jurisdiccional de legalidad al control jurisdiccional de constitucionalidad.
17. En materia de CAUTELAS, las denominadas ATÍPICAS o INNOMINADAS constituyen un tema muy especial de actuación discrecional del juez

en desarrollo del llamado "PODER CAUTELAR GENÉRICO" en cuyo ejercicio le es permitido a éste autorizar la práctica, o abstenerse, de determinados actos no previstos en la ley o que estén indicados apenas enumerativamente.

Recobra importancia el pensamiento de CHIOVENDA cuando afirmó la presencia de tal poder como necesaria condición del ejercicio de la función jurisdiccional, independientemente de que el legislador lo haya o no previsto en la ley, aun en regímenes radicalmente dispositivos. A nuestro juicio es una nueva consecuencia de la tutela judicial efectiva que proclama el Estado Constitucional.

18. Debe propagarse la *solidaridad* de los derechos subjetivos, desde la educación básica.
19. La educación, la justicia y la ciencia deben ser tres aliadas que proyectan un nuevo ciudadano, respetuoso de la vida y la libertad.

JORGE FLÓREZ GACHARNÁ  
Bogotá, mayo de 2005