

LA CONSTITUCION DE 1991 - INTRODUCCION AL NUEVO DERECHO COMERCIAL

Dr. Jorge Flórez Gacharná
Profesor de la Universidad Autónoma

1. LA CONSTITUCION Y SUS TEXTOS REGLAMENTARIOS

A partir de esta línea intentaré demostrar en qué medida los Códigos Procesales y sus leyes complementarias deben ser el texto que reglamente la garantía del **Acceso a la Justicia** contenida en nuestra Carta Política.

Es evidente que la vida, la propiedad, el trabajo, la familia, el comercio, la libertad, cuentan con un régimen protector en la Constitución.

Es cierto que el pensamiento político de las constituciones no ha sido interpretado fielmente en los textos legales.

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.

La revolución americana se edificó sobre la necesidad de atacar muchas instituciones que iban contra esa idiosincracia con los residuos del feudalismo español del siglo XIII y de la monarquía del siglo XIX.

Los sistemas procesales de Iberoamérica han comenzado a desarrollar sus Constituciones danto campo a democráticos principios para la publicidad y la elección de jueces con independencia del ejecutivo.

La Constitución Política y la ley deben constituir un lenguaje sistemático para que el régimen del proceso sea el desarrollo de aquélla en permanente actividad.

2. PARA QUE ESTA INVESTIGACION

Nuestro derecho procesal tiene todavía una especial significación por cumplir.

Si examinamos sus principios generales, tomando como fuente la Constitución Política, realizaremos una empresa que la generación del año 2.000 recibirá con beneplácito y mucho optimismo. No vacilemos en pensar que, al examinar las instituciones esenciales del derecho procesal, encontraremos derechos cívicos o fundamentales, (o inherentes a la personalidad humana, o que los hombres tienen por el solo hecho de ser hombres, o que ningún título legal reclaman como condición de su existencia), a lo largo de toda la legislación y fuera de ella.

Derecho cívico es el de **Acceso a la Justicia**, que comprende la acción y la contradicción, que son las más significativas garantías en las relaciones entre los ciudadanos y el poder, también lo constituyen los actos procesales de prueba, de alegación, de impugnación, etc. Cuando la Constitución declara que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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 juicio¹ ("due process of law", en su sentido más estricto), se prohíben los procesos aparentes. El proceso debe ser el medio idóneo para ejercer la jurisdicción del Estado sin el desfalecimiento del justiciable; pero derecho cívico, también debe ser el de ser escuchado por quien merezca el calificativo de juez, pues si este no tiene responsabilidad por sus errores, no ofrece las garantías que la Constitución declara.

En la medida en que la ley estatutaria sobre la administración de justicia desenvuelva los principios de independencia, autonomía, de responsabilidad, será una verdadera garantía de la función jurisdiccional del Estado.

Haremos, entonces, un análisis muy apretado de lo que ha de ser profundamente estudiado, para trazar un plano de ensanchamiento tendiente a facilitar el enlace de ella con el proceso.

La Constitución es el fundamento de validez de la ley para poder hacer efectivo aquello de que "los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", pues a nadie se le debe ocurrir que la ley incompatible con la Constitución sea preferida².

¹ Constitución Colombiana, artículo 29.

² Constitución Colombiana, artículos 4 y 230.

Sí llegamos con precisión científica a nuestro objetivo, la doctrina nos hará pensar en una **Teoría Política o Constitucional del Proceso** que es tan importante como la misma **Teoría Política del Estado**.

3. EL DERECHO CIVICO DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO POSTULADO ESENCIAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

"Son fines esenciales del Estado³: 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 están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, 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".

Así, los derechos plasmados en la Constitución dejan de ser sólo garantías jurídi-formales y se convierten en derechos que exigen efectiva realización material obligando al Estado a vencer los obstáculos para su concreción.

Por consecuencia, la defensa judicial de los derechos asume una diferente significación porque supone un derecho irrestricto de acceso a la justicia al tratamiento la igualdad ante la ley, como igualdad ante la justicia⁴.

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

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 humano (fundamental) a la justicia.

³ Artículo 2o de la Constitución Política.

⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial ABC., Bogotá, 1979, páginas 189-199. Pon. "Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquélla, en el proceso".

Pero, como es natural, la diversidad social, sacude la ciencia jurídica⁵ 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 del orden jurídico como un instrumento de transformación social⁶ y a que los estudios de derecho se ocupan mucho de las ciencias sociales. El movimiento de acceso a la justicia⁷, 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 garantiza⁸ 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 indica⁹ 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 los conflictos¹⁰ a través de la justicia conciliatoria.

El carácter general 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:

¿Desarrollarán los Códigos Procesales Colombianos el pensamiento estipulado en el preámbulo y a lo largo del articulado constitucional?

Nuestros Códigos, excepto el procesal penal, fueron sancionados con anterioridad a la Constitución de 1991, sus textos corresponden, en términos

5 FRIEDMAN, W. "El Derecho en una Sociedad en Transformación". F.C.E. Méjico, 1966, Trad. de Torner, F.M. página 504.

6 CAPPELLETTI, M. *Proceso, Ideológicas, Sociedad E.J.E.A., BS. S*, 1974, Trad. Santiago Sentis y Tomás Banshaf, páginas 131 y siguientes.

7 Dirigido por CAPPELLETTI, Mauro, el Proyecto florentino sobre acceso a la justicia, trabajo colectivo e interdisciplinario, se difundió a partir de los años 70.

8 Constitución Política, artículo 229

9 Constitución Política, artículo 88.

10 Constitución Política, artículo 116.

generales, al espíritu de la Constitución de 1886 que pertenece, aunque atenuadamente por razón de las reformas a que fueron sometidos, a la mentalidad liberal decimonónica.

Los sistemas procesales, con su cúmulo de reformas parciales (el proceso civil lo fue todo en 1970; el proceso penal en 1971, y luego innumerables reformas; el contencioso administrativo en 1984; el procesal laboral en 1948) fueron remendando, más que mejorando las falencias del proceso.

Cuando tienda a hacer que ellas sean fidelísimas normas reglamentarias de la Constitución, opinó Couture¹¹ 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.

Realmente, debemos insistir, 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 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.

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.

¹¹ COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, 2a. Edición 1978 - Editorial Depalma Bs. As., páginas 24 y siguientes.

¿Cómo debemos 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 ordenamiento judicial y la mentalidad de los jueces. Ha habido conflictos entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no sólo por las 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 que 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 tienen competencia difusa para conocer de la **tutela**, apenas 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 enseña¹². Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", sin análisis sistemático del texto.

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.

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

¹² Constitución Política, artículo 230.

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 Congreso¹³.

Pero además nos encontramos ante contradicciones económicas, políticas, culturales, con diferencia de clases y estratos sociales. La violencia sigue desplazando campesinos a las ciudades, y de éstas a otros países.

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 el excesivo formalismo¹⁴; 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 derecho¹⁵ 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 incurran¹⁶.

Como se puede deducir, las garantías de las partes requirieron de un mayor desarrollo en Colombia. La Corte Constitucional ha desarrollado en dos años una gran obra en ciertos aspectos procesales, pues no ha sido muy clara a nuestro juicio, en lo penal.

A la vez, en los tribunales ordinarios no se observan, notables transformaciones. La nueva generación de jóvenes jueces, que se 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 expulsado en nuestro trabajo "**El Nuevo Perfil del Abogado**"¹⁷.

13 CALAMANDREI, Piero. "*La Función de la Jurisprudencia en el Tiempo Presente*", citado por Cappelletti, y en *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ob. Cit., página 566.

14 Constitución Política, artículo 228.

15 Constitución Política, artículos 29, 44, 53.

16 Constitución Política, 90; artículo 40 Código de Procedimiento Civil.

17 FLOREZ GACHARNA, Jorge. *Conf. "El Uso Alternativo del Derecho 70 Aniversario U. Libre*, agosto 1993".

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.

4. LAS GARANTIAS 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 iudex sine actore*" (*acción de parte*); "*nemo iudex in re sua*" (*imparcialidad del juez*); "*audiatur et altera pars*" (*contradictorio*); también los más recientes: 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 surge el de la "Constitucionalización" es decir la inserción de aquellos en las constituciones políticas.

Tal ha ocurrido en Colombia. La Constitución de junio 4 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.

5. CATALOGO DE GARANTIAS PROCESALES EN LA CONSTITUCION

La Constitución de 1991, garantiza a todos el derecho de accionar aún contra el Estado (artículo 236) ante un "juez natural preexistente" para la tutela de los propios derechos y los de carácter colectivo (artículos 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" (228, 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 lo 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, (artículo 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 normas especiales; examinar la conducta y sancionar, las faltas de los funcionarios de la rama, así como de los **abogados** en el 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 señala la ley. El proyecto de ley estatutaria, No. 90 de 1993, de la administración de justicia, por su parte, señala que las decisiones de quienes administran justicia son absolutamente autónomas e independientes y que las sentencias deberán ser motivadas razonablemente y versarán sobre aspectos fundamentales del proceso (artículos 3 y 19).

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 se le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo de Estado, la Fiscalía integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley, es originaria de 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 del juicio (artículo 249). Su funcionamiento ha sido duramente cuestionado y se considera su creación como el yerro mayúsculo de la **Asamblea Nacional Constituyente**.

Finalmente, la Constitución garantiza la **prelación del derecho sustancial (iura novit curiae)**, artículo 228, dentro de la concepción del **debido proceso** para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, (artículo 29); el **Hábeas Corpus** (artículo 30); la prohibición a la **reformatio in pejus** en el proceso penal, para el apelante único; (artículo 31) el allanamiento en caso de **flagrancia** (artículo 32); el **nomen tenetur adere contra se** (artículo 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 (artículo 34) y la prohibición de extradición de colombianos por nacimiento y de los extranjeros por delitos políticos o de opinión (artículo 34) y el derecho de asilo (artículo 36).

6. SIGNIFICADO DE ESA CONSTITUNACIONALIZACION Y CONSECUENCIAS DE SU VIOLACION

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 derecho 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 derechos fundamentales, proclamados como preeminentes e inviolables por la Constitución como lo hace el artículo 85, por ejemplo, al indicar que son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 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 esos derechos lo es el juez del conocimiento del respectivo proceso, como tuve oportunidad de expresarlo en otro trabajo¹⁸, pues ante todo es contralor de la constitucionalidad, como se ha demostrado a través del ejercicio de la tutela.

Hasta el momento se ha presentado la discusión sobre si las providencias judiciales pueden ser o no objeto de tutela.

Nuestra posición es la que las providencias judiciales son las que menos deben violar los derechos fundamentales lo que, teóricamente, no daría lugar a acudir a la tutela. Sin embargo, nadie puede desconocer que hasta los altos tribunales, a través de casación, por ejemplo, han violado derechos fundamentales.

Así, la violación de tales derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados pueden ser objeto de aquélla 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 que niega la posibilidad¹⁹; la segunda que la admite sólo para los casos en que con ella se produzcan "perjuicios irremediables"²⁰.

¹⁸ FLOREZ GACHARNA, Jorge. *El Derecho Procesal y la Nueva Constitución*. Editorial Dike Medellín, 1992. Autores varios.

¹⁹ Sentencia No. 232 de mayo 20 de 1992 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

²⁰ Sentencia No. 6 de mayo 2 de 1992 Corte Constitucional.

Por nuestra parte en el actual estado de cosas, proponemos las siguientes fórmulas:

a) La violación perpetrada por una sentencia judicial está viciada de ilegitimidad, y en cuanto tal estará sujeta a los diferentes 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) La violación perpetrada por un auto, está viciada de ilegitimidad, y en cuanto tal estará sujeta a los medios de impugnación normales, por error de derecho; su ejecutoria dará lugar a tutela ante la CORTE CONSTITUCIONAL, con recurso ante la Corte en pleno.

De esa manera se garantiza también la certeza que se prevé para la **cosa juzgada** en caso de sentencia y de los autos que se asimilan a ésta.

Actualmente, existe un movimiento tendiente a presentar un proyecto de reforma constitucional para que se hable en forma expresa de las providencias judiciales. No lo creemos necesario, pero sí lo es que la Honorable Corte Constitucional sostenga sus tesis por muy poco tiempo.

7. 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 Calamandrei²¹, a fin de que se tenga una justicia real, y no solamente aparente, expresó: "no basta 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 se 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,

²¹ *Proceso y Democracia*, publicado en 1965 en edición al cuidado de CAPPELLETTI, Mauro, Vol. I, Murano, Napoli, según anota éste en *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ob.Cit.

"También frente a la administración de la 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 una irrisión. La ley es igual para todos, es una hermosa frase que anima al pobre, cuando la ve escrita sobre la cabeza de los jueces, en la pared de fondo de 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 un 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 nueva Constitución se pretende entonces que a aquellas clásicas garantías del proceso "liberal" se junten las que dan origen al proceso socialmente "justo"²².

He ahí el "misterio" del tránsito del "Estado de Derecho" al "Estado social de Derecho" que proclama la Constitución de 1991. Todas las fuerzas políticas 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 al 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 artículo 2o. ya comentado.

8. LA DIMENSION TRANSNACIONAL

Como lo ha expresado Cappelletti²³ una tendencia del nuevo derecho es la justicia supranacional o transnacional.

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

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Proces, Ideologías...* página 533.

²³ *La Justicia Constitucional como Jurisdicción para la Defensa de la Libertad*, página 83.

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 derecho²⁴.

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.

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 Política²⁵ enseña que 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 la carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Remata el capítulo 4o del Título II, "De los derechos, las garantías y los deberes"²⁶, expresando que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negociación 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.

9. EL DERECHO PROCESAL: GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Son las razones que permiten deducir que el derecho procesal es **garantía**, los hechos probados que demuestran que la efectividad en la realización del derecho no se promete sino que efectivizan a través del proceso. Es preciso mirarlo y desarrollarlo como un medio de protección de los derechos humanos, de los llamados **Derechos Fundamentales**, diferente al proceso debido proceso.

²⁴ VASAK, Karel. *Hacia una Legislación Internacional de los Derechos Humanos*, en "Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos". Vol. III, Cit. página 870.

²⁵ Artículo 93.

²⁶ Artículo 94.

10. EL PROCESO: UNA GARANTIA

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

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.

11. PRINCIPIOS PROCESALES PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Violar los derechos humanos o no permitir su ejercicio constituye un abuso de poder lo que autoriza la búsqueda de los mecanismos para ponerlos en vigencia. La protección se encuentra ínsita 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 No. 5 de este escrito.

Se puede concluir entonces que la protección jurisdiccional de los derechos humanos puede imponerse 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) La garantías del derecho procesal que consagran principios como el del **debido proceso**. El correcto enjuiciamiento.

c) Los procedimientos y los procesos constitucionales: Tutela; Hábeas Corpus, demandas de inconstitucionalidad. De esta forma cobra importancia los llamados medios indirectos o vías no procesales que incluyen las garantías constitucionales del proceso²⁷: derecho a ser juzgado por un idóneo, independiente y responsable; debido proceso; procesos ordinarios (civil, penal, laboral).

²⁷ FLOREZ GACHARNA. Ob. Cit., Editorial Dike 1991.

d) Los medios directos o instrumentos procesales específicos como: Hábeas Corpus; que tutela la libertad individual, protegiendo a la persona contra las detenciones indebidas; la **Tutela**, que tomó como ejemplo el amparo mejicano, manteniendo el espíritu de proteger a la persona humana contra todo acto arbitrario de autoridad pública o de los particulares. Esta vía se tiene como supletoria; la excepción de inconstitucionalidad; control constitucional de las leyes.

12. LA JURISDICCION COMO PODER. EL SISTEMA DIFUSO COLOMBIANO

Nuestro país organizó el sistema de control otorgando a todos y cada uno de los jueces la potestad de controlar los principios constitucionales y la constitucionalidad de las leyes, 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 aplicar 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*²⁸.

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 contradictorias en la constitución.

Agregamos a la anterior que si destacamos la teoría kelseniana²⁹, la tarea del juez no se agota en la interpretación porque al resolver, crea una verdadera norma individual.

13. RECONOCIMIENTO DE OBSTACULOS

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

1. ¿Cuáles son entonces los obstáculos?

²⁸ VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Editorial Depalma, Bs. As., 1969, página 78 y siguientes.

²⁹ *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Eudeba, Bs. As., 1969, página 154.

- 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) De una nueva orientación en los contenidos y las metodologías en la enseñanza del derecho.
- c) Los elevados costos.
- d) La justicia de mínima cuantía.
- e) La excesiva duración de los procesos.
- f) Las fallas en la formación de abogados y jueces.
- g) La supervivencia de los formalismos innecesarios.

14. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- a) El derecho de acceso a la justicia supone un nuevo enfoque del fenómeno jurisdiccional, con una dimensión social prevalente, como efecto de cláusula del Estado Social de Derecho.
- b) El servicio de justicia debe enfocarse con relación a la **efectividad de los derechos** buscando fórmulas o métodos para "racionalizar" y controlar las actividades jurisdiccional y gubernamentalmente, desde la educación básica como fórmula práctica de la participación ciudadana.
- c) Los jueces y los abogados deben ser preparados para ese cambio de mentalidad que exige el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho.
- d) Deben impulsarse los llamados "medios alternativos" para la solución de los conflictos.
- e) Debe prorrogarse la **solidaridad** de los derechos subjetivos, desde la educación básica.
- f) La educación, la justicia y la ciencia deben ser tres aliadas que proyectan un nuevo ciudadano, respetuoso de la vida y la libertad.