

EL DERECHO PROCESAL FUNDAMENTAL

JUAN GUILLERMO VELÁSQUEZ G.

Profesor de la Cátedra de Procedimiento Civil
de las Universidades de Medellín y Pontificia Bolivariana

I. EL DERECHO Y EL PODER

Desde la historia conocida de la Humanidad por lo menos dos fuerzas se han enfrentado permanentemente en el mundo: la del Derecho y la del Poder. El Derecho ha tenido como fin la Justicia, tal como cada individuo o una comunidad o colectividad la ha entendido, esto es, el reparto de los derechos y obligaciones derivados de los bienes de la vida entre todos los asociados, de modo que los satisfaga.

El Poder siempre ha tenido como objetivo la conveniencia, entendida ésta como el control y sometimiento de los habitantes de un determinado territorio y de la sociedad, de acuerdo con los principios, criterios o fines de quien tiene el Poder.

El Derecho y la Justicia no han sido necesariamente, o siempre, la preocupación principal de quienes han detentado o disponen del Poder, aunque en nombre de uno y otra se pretende ejercer, pero no siempre honestamente. El Poder a veces distorsiona, para su conveniencia, lo que es el Derecho o lo que es la Justicia. Basta repasar la Historia de la Humanidad, en general, o de los Estados, en particular, para comprenderlo. Quien ha detentado el poder es quien, de manera principal y dominante, ha determinado qué es el Derecho y qué es la Justicia.

El Poder se manifiesta de diversas maneras. Existe el poder político, el poder religioso, el poder económico y el poder del dinero. Para este estudio no se tiene en cuenta el poder militar, cuyo apoyo es

obviamente fundamental para el manejo del Estado por el poder político que, de acuerdo con la generalidad de las Constituciones, es el que debe gobernar.

Debe reconocerse igualmente el poder de los medios de comunicación, normalmente al servicio abierto o encubierto de uno o varios de esos poderes, y con fuerza para movilizar o concientizar el sentimiento del pueblo en causas justas o injustas, éticas o inmorales. Podría quizás afirmarse que hoy por hoy cualquiera de los otros poderes requiere de la participación, colaboración o complicidad del poder de los medios de comunicación para alcanzar sus fines, como también para impedir que los otros poderes lo logren. En ocasiones, los poderes políticos, religiosos, económicos, y del dinero, son los propietarios de los medios de comunicación. El poder de los medios de comunicación no influye exclusivamente en la población inculta o sin educación básica, sino que también penetra, y a veces con mayor fuerza y resultados, en las clases sociales más cultas o ilustradas. Este poder puede ser benéfico en la inmensa mayoría de los casos, pero excepcionalmente suele ser también maléfico, sobre todo cuando es manipulado por los otros poderes.

El poder político se ejerce desde el gobierno, dándole al Estado la forma que quieran los gobernantes. El poder político se ejerce por la autoridad o entidad que de acuerdo con el orden institucional del Estado puede legislar o expedir reglamentos (Presidente y Congreso o Parlamento, especialmente).

El poder religioso se ejerce sin fronteras en muchos casos; en otros, se confunde con el poder político, dominando o gobernando al Estado. En otros casos ese poder se confunde con el Derecho que el mismo Estado debe proteger y respaldar. Es destacable al respecto el Derecho musulmán que con sus cuatro fuentes (el *Corán*, libro sagrado del Islam; la *Sunna*, o tradición relativa al Enviado de Dios; el *Idjma*, o consentimiento universal de la comunidad musulmana; y el *Quiyás*, o razonamiento por analogía) regulan las relaciones humanas con el respaldo de los Estados musulmanes, que en sus constituciones consagran su fidelidad a los principios del Islam, hasta el punto que les

imponen a los jueces el deber de llenar los vacíos y lagunas legales acudiendo a los principios del Derecho Musulmán.¹

Existe un poder económico visible y parcialmente fiscalizable, que tiene su origen en los grupos, conglomerados o corporaciones sometidos aparentemente a las leyes del Estado. El poder económico se ejerce independientemente o como aliado del poder político o del poder religioso.

El poder económico puede manejar o controlar o impedir la aprobación de una ley o la expedición de un decreto o reglamento. Este poder, generalmente de manera encubierta, puede patrocinar a una o más personas que aspiran a llegar al Congreso o Parlamento o a la Presidencia del Estado. Este patrocinio no es siempre gratuito.

El poder económico puede mandar a fabricar una ley, un decreto o un reglamento, inclusive una Constitución (o por lo menos alguno de sus capítulos o artículos en que tenga especial interés ese poder). En la Historia de los países (y a ella no ha sido extraña Colombia) se han dado estos casos. (En reportaje concedido no hace muchos años al periódico *El Tiempo*, de Santafé de Bogotá, un senador colombiano relataba los procedimientos externos e internos utilizados por personas naturales o jurídicas interesadas en que se legislara sobre un determinado tema).²

¹ Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. René David. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1973.

² Más recientemente, en noviembre 25 de 1995, el editorialista del periódico *El Espectador*, de Santafé de Bogotá, arremetía contra el Congreso de la República de Colombia, el cual al aprobar la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció normas que concedía privilegios especiales a sus miembros en los casos de juzgamientos en materia penal o para pérdida de investidura, considerando al respecto que tales congresistas "deberían estar pensando más en el bienestar general de los colombianos que en su propia situación particular".

En la misma fecha, un cronista respetado en todo el país, en el periódico *El Colombiano*, de Medellín, criticaba la manera como el Congreso Nacional pretendía reformar la Constitución Política, en asunto de inhabilidades, en beneficio particular de sus miembros, de modo que la reforma les permitiría "trabajar como legisladores en proyectos de ley hechos a su medida y conveniencia y aplicarlos después, ya dentro del ejecutivo, como ministros o como embajadores o como contratistas o asesores de contratistas".

Existe, finalmente, el poder del dinero (diferente del poder económico, que es de gremios aceptados social y políticamente), que carece de un fin en sí mismo, pero que ayuda a la constitución y fortalecimiento de los otros poderes, como también puede intervenir para su desaparición, debilitamiento o degeneración. Su influencia puede ser anárquica y su origen puede ser individual o particular o de grupos que no tienen el poder económico. En muchos casos es un poder que desaparece tan repentinamente como aparece. Por lo general permanece en la clandestinidad o se manifiesta anónimamente. En ocasiones utiliza o manipula los otros poderes. El poder del dinero no tiene su origen necesariamente en delincuentes. En todos los países del mundo existen fundaciones, corporaciones o personas que con su dinero ejercen ese poder, con objetivos muy disímiles.

Los poderes políticos, religiosos, económicos, y del dinero, siempre han pretendido influir sutil o abiertamente en el Derecho. Cada poder busca respaldarse de alguna manera en el Derecho, a veces de manera real, otras, falseándolo. Para esos poderes, Conveniencia, Derecho y Justicia se identifican, no existe distinción entre aquella o éste o ésta. Pese a ello, por lo general, sus conductas, directa o indirectamente tienden al beneficio común. No puede afirmarse categóricamente, pues, que esos poderes sean *per se* deshonestos o que pretendan el mal común, salvo, por supuesto, en el caso del poder del dinero detentado por personas que ejercen actividades ilícitas o inmorales.

Las Constituciones y las Leyes de los Estados, que son el instrumento de justificación para los actos del gobernante, no son otra cosa que el querer realizado de esos poderes, o de algunos de ellos, en la medida en que han podido intervenir en unas u otras. Son simples declaraciones de lo que el Constituyente o Legislador (Gobernante, Congreso, Asamblea Constituyente) cree o supone creer que es el Estado, o el Derecho, o la Justicia.

En Constituciones y Leyes posteriores se modifican normas y criterios contenidos en las anteriores al estimarse supuestamente equivocados o desacordes con la realidad actual (o también porque incomoden o fastidien a alguno de los poderes).

Lo que antes era justo o correcto, hoy no lo es; o lo que antes era injusto o incorrecto, no lo es ahora. Así, para recordar, la mujer no tenía derechos sino deberes (hoy los tiene en la mayoría de los Estados del mundo); la unión libre entre hombre y mujer no solamente carecía de protección legal, sino que se sancionaba en algunos países (ahora en casi todos tiene protección constitucional o legal); el adulterio estaba consagrado como delito (en algunos lo sigue siendo); la pena de muerte está prohibida por Estados que antes la consagraban; los hijos extramatrimoniales no tenían derechos (o éstos eran inferiores a los de los hijos nacidos en el matrimonio de sus padres); la esclavitud era aceptada por las Constituciones u ordenamientos legales de muchos países, contrariamente a lo que actualmente sucede; la discriminación racial tuvo soporte constitucional y legal en algunos territorios; la prisión por deudas estuvo tutelada legalmente en otras épocas; el enriquecimiento ilícito careció durante mucho tiempo de sanción penal (hoy constituye delito en muchos países).

También, las Constituciones y las Leyes pueden ser simples declaraciones de conveniencias, de acuerdo con las circunstancias e intereses en que se inspiren y según el poder que las inspire y el poder que las expida. En Colombia todavía se discute (aunque todo el mundo lo sabe) quién fue el inspirador filosófico y el patrocinador económico de la norma que prohibió la extradición de colombianos³. Lo mismo sucede con algunas normas de carácter económico contenidas en la Constitución Política. En otros países posiblemente habrá sucedido algo parecido en relación con otros temas.

En fin, el pueblo ha sido el catalizador de esos poderes. Cada poder busca respaldo en el pueblo y de alguna manera depende de él, pero también se sirve de él.

³ Artículo 35 de la Constitución Política: "Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión. Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales en la legislación nacional, serán procesados y juzgados en Colombia"

Los poderes políticos y religiosos, con la influencia o no de los otros dos (pero casi siempre, en los últimos años, con el apoyo expreso o tácito de los medios de comunicación), han establecido Constituciones, leyes y códigos, o normas de conducta.

El gobernante, cualquiera que sea el origen de su poder, ha determinado lo que es delito y cuál debe ser el castigo.

El poder económico y el poder del dinero, ocasionalmente, han ejercido influencia en el gobernante para que sea más severo o sea más benigno en el establecimiento de los delitos y de las penas, y a quiénes debe aplicárseles con más rigor o quiénes pueden ser inmunes a ellas. Pero igualmente han ejercido influencia en cuanto a los sistemas, métodos o procedimientos de juzgamiento. Lo mismo puede afirmarse respecto de los contratos y obligaciones civiles, comerciales o de cualquiera otra especie: el gobernante ha determinado cuándo se incumple un contrato, o cuándo la obligación no es válida. Igual cosa sucede en relación con la posesión y tenencia de bienes: el gobernante determina su régimen.

Los medios de comunicación en el mundo actual han ejercido una importante presión en las decisiones del gobernante y del poder político.

La limitación de los bienes y de los espacios en el planeta ha producido un mayor enfrentamiento de los poderes en su afán de dominar. La vida humana, el ambiente, los derechos individuales no han sido obstáculo para algunos de esos poderes.

II. EL PROBLEMA DE LA INSOLIDARIDAD.

Desde otro punto de vista, permanentemente se dan disputas y conflictos particulares entre las gentes, cuyo origen es diverso, justo o injusto, racional o irracional.

Los hombres que residen en este único planeta han olvidado, o ni siquiera han caído en cuenta, que están obligados a compartir, no solamente con los demás hombres, sino también con las demás criatu-

ras y formas de vida que lo habitan (aunque esto no se asimile de inmediato), los espacios, como también los escasos recursos y bienes que todavía quedan en esta parte del universo, pero también están obligados a proteger los recursos, bienes y ambiente, no solamente para el disfrute solidario actual sino, y esto es transcendental, para las generaciones que van llegando.

Los hombres olvidan, y a veces ni perciben, que se encuentran en una nave que viaja en el espacio⁴, cuyos espacios y bienes están limitados. Si esto se comprendiera por los adultos y a los niños se les educara para comprenderlo, la solidaridad sería un integrante natural de la personalidad humana y, por consiguiente, el mundo sería más justo.

Como los hombres no son iguales ni cultural, ni económica, ni socialmente, ni tienen la misma inteligencia, ni las mismas ambiciones, ni los mismos bienes ni los mismos goces de la vida misma, ni los mismos sentimientos, ni las mismas ideas o conceptos políticos, filosóficos, religiosos o sociales, ni siquiera hablan o entienden el mismo idioma o lenguaje, ni la solidaridad es elemento integrante de su personalidad, surgen agresiones de unos para con los otros, se irrespetan la integridad física o se atenta contra sus bienes, o se desconocen sus derechos de padres, hijos, cónyuges, ancianos, mujeres, niños, consumidores, es decir, en general, surgen, o están en potencia de surgir, permanentes conflictos de intereses de diversa índole, tanto económicos, como sociales, raciales, de nacionalidades, o aun de conceptos.

En la composición o solución de los conflictos se ha pasado de la resignación al duelo o a la venganza; de la autotutela o imposición de la propia fuerza o de las propias razones (autoayuda, defensa, estado de necesidad), a la heterocomposición, o definición del conflicto por sujetos ajenos al mismo, ya como árbitros, o bien como amigables componedores.

⁴ La Tierra viaja alrededor del sol a una velocidad de 28.962 metros por segundo, en un recorrido de occidente a oriente que dura 365, 26 días. A su vez, gira sobre su eje a una velocidad de 465 metros por segundo, en 23 horas 56 minutos, 4.09 segundos.

O se ha llegado, finalmente, a que el Estado intervenga y los solucione. Surge entonces el proceso judicial.

En la intervención del Estado para solucionar esos conflictos se utilizan diferentes medios. Esas soluciones también han dependido de los poderes político, religioso, económico, o del dinero o también del régimen social o cultural del respectivo Estado. El juzgamiento ha sido, entonces, preocupación del Estado. Una institución que es conocida como *Derecho Procesal* aparece entonces con un interés especial en ese juzgamiento.

III. EL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal hasta GIUSSEPPE CHIOVENDA no existía con esa denominación en los tratados, textos o diccionarios jurídicos. El procedimiento, la práctica judicial y el juicio eran las instituciones que identificaban la actuación ante los jueces o magistrados. A partir del Maestro de Roma, al comienzo del siglo XX, el Derecho Procesal surgió como una entidad mayor, con características de Ciencia. Es más: CHIOVENDA es el primero que identifica la existencia de un Derecho Procesal.⁵

Empero, Derecho Procesal, procedimientos y proceso se asimilaban: el primero explicaba y orientaba los segundos. Todo giraba alrededor de un rito, unas formas, términos o plazos, notificaciones, recursos, actuaciones o trámites, autos y sentencias.

Se hacía entonces la distinción entre proceso y procedimiento: éste como una parte, segmento o etapa de aquel.

Se reemplazó el concepto de *juicio* por el concepto de *proceso*. El juicio es simplemente la parte o resultado final del proceso, esto es, el

.....
⁵ En su documento leído en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903, "L'azione nei sistema dei diritti" (La Acción en el Sistema de los Derechos), Chiovenda, al final de la nota 2, luego de expresar las varias denominaciones propuestas, concluye: "Digase, pues, de una vez: derecho procesal".

fallo o sentencia o, dicho de otra manera, el juicio es apenas una etapa del proceso.⁶

El Derecho Procesal se encargaba de explicar todas esas instituciones; en realidad era un derecho instrumental o de formas; ese era su alcance y su finalidad.

En este mismo siglo el concepto de acción se desprendió del proceso para convertirse en una institución extraprocesal, o mejor aún, extraprocedimental, aunque de rango constitucional y dentro del ámbito del Derecho Procesal, dándole paso a la pretensión, es decir, a la reclamación del derecho material subjetivo, como presupuesto del proceso.

La expresión *Derecho Adjetivo*, para referirse al proceso, entronizada por Jeremías Bentham y acogida por Hans Kelsen, fue aceptada sin más cuestionamientos, estableciéndose la distinción entre Derecho *Sustancial* o Material y Derecho Adjetivo.

El Derecho Adjetivo era, por supuesto, el Derecho Procesal y, como consecuencia inevitable, el proceso y el procedimiento (más éste que aquel). Derecho Procesal y Derecho Procedimental se identificaban. Las formas y trámites eran su único fin.

El Derecho *Sustantivo* era el conjunto de deberes, derechos y obligaciones originados en las relaciones de personas, de personas con cosas, de cosas, y de cosas con cosas (obviamente con la intermediación de personas). El Derecho Sustantivo jamás se llegó a identificar con el Derecho Procesal o con el proceso, y menos todavía con el procedimiento.

Al avanzarse en el estudio del Derecho Procesal, éste se acentúa luego como un Derecho que no se limita al estudio del proceso (más que del procedimiento), pues comprende, además, el examen y manejo de la jurisdicción y la acción.

⁶ El reemplazo del término *juicio* por el de *proceso* se lo atribuye Chiovenda a Tommaseo ("L'azione nei sistema dei diritti").

Hoy día se entiende que el Derecho Procesal (no el Derecho Procedimental) se ocupa de la organización de la rama u órgano judicial, esto es, de toda su estructura y funcionamiento; pero también del poder de acción para que cualquier persona pueda acudir ante los jueces; y, obviamente, se ocupa igualmente del proceso.

No es el Derecho Procesal un derecho instrumental, como se ha creído; lo instrumental es el proceso, que es una de sus especies (recuérdese que CARNELUTTI utilizó el término *Derecho Instrumental*, para referirse al proceso).⁷

Toda la actividad judicial, desde la creación de un juzgado o tribunal hasta la ejecución de una providencia judicial, queda sometida al Derecho Procesal; la limitación del debate a una sola instancia o a dos es también tema del Derecho Procesal. Hasta ahora así se ha entendido y, sin más discusión, se ha aceptado.

Podría decirse que con esta concepción el Derecho Procesal ha llegado a su máxima aspiración. Los estudiosos del siglo XX parecieron conformarse con ese concepto, que los satisfacía. El Derecho Procesal, pues, aseguraba el proceso legal, no necesariamente justo, pues estaba limitado por las leyes escritas, y su finalidad no era otra que alcanzar la aplicación del derecho llamado sustancial.

Sin embargo, al desentrañarse cabalmente el sentido filosófico del Derecho Procesal *se puede deducir que éste abarca todo el ejercicio de la soberanía del Estado, estructurando, informando y controlando toda la actividad estatal, aun la administrativa y legislativa.*

Por todas partes se habla del derecho de defensa frente a una actuación administrativa; del debido proceso en el trámite de una ley; del procedimiento válido que el Congreso o Parlamento debe seguir para aprobar un voto de censura a un funcionario del Gobierno; del desconocimiento del derecho a ser oído del procesado penalmente, o de la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad. Así,

⁷ Sistema de Derecho Procesal.

pues, es posible entender ahora que el Derecho Procesal no es de dominio exclusivo de la administración de justicia.

La formación de una ley por el Congreso o Parlamento, así como las actuaciones de los funcionarios administrativos interesan al Derecho Procesal: el debido proceso se exige para la expedición de una ley; el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a ser oído por una autoridad o funcionario administrativo, es igualmente interesante para el Derecho Procesal; el cobro de impuestos también le importa al Derecho Procesal. El régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados públicos es esencialmente parte del Derecho Procesal.

IV. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO PROCESAL

La Filosofía del Derecho es la parte de la Enciclopedia o Ciencia Jurídica consagrada al examen y estudio de los principios supremos del Derecho; la introducción científica de su exposición especulativa, que prescinde de la Ley o Derecho positivo, pero no de la realidad, personas y cosas, en sus relaciones y situaciones jurídicas, cuya generalización sistemática pretende⁸.

Es necesario repensar el papel de la Filosofía del Derecho en el desarrollo y realización del Derecho Procesal. Especialmente cuando los valores del hombre están en crisis.

La Filosofía del Derecho se limitó durante mucho tiempo al campo del derecho material. Y cuando algún problema procesal se presentaba, los datos para resolverlo los pedía el filósofo al civilista. "Hoy ya el centro de gravedad del Derecho parece cambiar de dirección. El filósofo del Derecho concede atención creciente a las cuestiones de índole procesal"⁹

.....
⁸ . Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas y Alcalá-Zamora. Heliasta. Buenos Aires. 1979.

⁹ . José Lois Estévez. Proceso y Forma. Editorial-Librería Porto. Santiago de Compostela. 1947

Con JOSÉ LOIS ESTÉVEZ¹⁰ puede afirmarse que debe cesar el divorcio de la Ciencia Procesal y la Filosofía del Derecho, que parece que sólo consentían la relación con intermediarios, como debe cesar también la caracterización del Derecho Procesal como el Derecho Adjetivo.

El juez en el proceso, si tiene dudas, debe acudir a la filosofía del Derecho y no apresurar la solución acudiendo a las normas positivas o leyes escritas, o a las normas tradicionalmente mal llamadas *sustantivas*, que consagran derechos o imponen obligaciones.

Si el orden jurídico -dice con toda razón ESTÉVEZ- es un sistema de protección, lo que interesa más en él es la protección misma. Pero, además, las normas materiales, como Derecho Positivo, son unidades vacías hasta que la decisión judicial no las actúa. Por tanto -prosigue ESTÉVEZ- *es el Derecho material el verdadero derecho adjetivo*.

No está construido el proceso como accidente, sino como sustancia. La más importante de las tareas jurídicas es mantener el orden social, y para esto únicamente es esencial el proceso. Con él, la norma puede ser creada. Para que esto se cumpla debe aceptarse la existencia de un Derecho Procesal, ligado o no a la Constitución o a la Ley, que tiene vida propia y que puede estar por encima de la norma positiva, y cuyo fin es el mantenimiento de la paz justa y de la justicia pacífica (meta suprema del Estado) que el profesor español JAIME GUASP aplicaba únicamente al proceso.

V EL DERECHO PROCESAL FUNDAMENTAL

Es este el momento, entonces, de afirmar la existencia de un **Derecho Procesal Fundamental** o, lo que es lo mismo, de un **Derecho Procesal Sustancial**, un Derecho Procesal garante del debido proceso, del derecho de defensa, de la igualdad jurídica de las per-

¹⁰ Ob.cit..

sonas, del derecho a ser oído, y esencial para asegurar el respeto a la dignidad humana.

El Derecho Procesal Fundamental o Derecho Procesal Sustancial surge, entonces, como la máxima garantía que puede existir para el respeto de los Derechos Humanos, entendidos éstos no solamente en cuanto se refiere a la integridad física de las personas, sino en cuanto al trato debido a todo habitante no sólo como súbdito de un Estado sino como ciudadano del mundo, en cuanto tenga que ver con sus autoridades o gobernantes, o esté relacionado con actos o hechos no sólo de naturaleza judicial sino administrativa y legislativa.

Puede afirmarse, entonces, la existencia de un Derecho Procesal Fundamental, natural y generalmente obvio, que puede tener (aunque no necesariamente) carácter constitucional, sin que su existencia dependa de la ley, con el cual se pretende asegurar el debido proceso en todas las actuaciones judiciales, administrativas, legislativas, y de control; que garantiza el derecho a ser oído en todas las esferas en que se manifieste la soberanía de un Estado; que protege al individuo y que le garantiza el derecho a un tratamiento digno, imparcial, *imparcial*, justo y equitativo, por parte de todas las autoridades judiciales, administrativas y de control o vigilancia.

Es, pues, el Derecho Procesal Fundamental, un derecho *sustancial*, jamás adjetivo, ni instrumental o de medio. Tiene un fin en sí mismo: la protección absoluta, en todas las circunstancias de tiempo, modo, lugar y persona en que un Estado ejerza su soberanía, de los Derechos Humanos. Derechos Humanos no relacionados exclusivamente con el respeto a la vida, o a no ser el hombre sujeto de torturas o de desapariciones, sino entendido aquel concepto como garante de todo acto o hecho, de origen oficial o particular, que tutele el respeto a la dignidad humana e impida que se atente contra ella o se la amenace.

El Derecho Procesal Fundamental va más allá de la simple actuación procesal judicial, administrativa o legislativa. Aunque en estos campos existe como un derecho tutelar, quizá deba admitirse que el Derecho Procesal Fundamental se extiende aun a las relaciones personales de carácter privado o particular, esto es, a aquellas en que no está de por medio una determinada autoridad judicial o administrativa.

Con las explicaciones precedentes puede resaltarse que cuando el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia advierte que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, de modo alguno está ordenando el sacrificio del *Derecho Procesal Fundamental o Derecho Procesal Sustancial* ¹¹.

Por el contrario, la expresión derecho *sustancial* no puede limitarse a las normas positivas que consagran derechos o imponen obligaciones que tiene su origen en relaciones particulares, o a las disposiciones que se encuentran en los códigos civiles, de comercio o penales, es decir, en los estatutos que contienen el derecho material.

Dígame de una vez: el auténtico Derecho Sustancial es el Derecho Procesal Fundamental y prevalece sobre los intereses estatales, gubernamentales o privados que ofendan la dignidad de la persona o atentan contra sus Derechos Humanos, esto es, sobre los derechos fundamentales.

Podría ser útil, para comprender este concepto, identificar más apropiadamente el derecho conocido tradicionalmente como *sustancial* con el adjetivo *material*, esto es, identificarlo simplemente como *derecho material*.

En consecuencia, el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes, la imparcialidad e *imparcialidad* (términos que no deben confundirse) del juez, el derecho a ser oído, el derecho a un defensor o apoderado, constituyen derechos sustanciales que, por lo tanto, prevalecerán en todas las actuaciones judiciales respecto del derecho material, es decir, aun respecto del derecho que regula los contratos o las obligaciones civiles o comerciales, o del derecho que establece las penas por los delitos o contravenciones.

¹¹. Dice el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

Es el Derecho Procesal Fundamental o Derecho Procesal Sustancial el que jamás puede ignorarse so pretexto de la aplicación de aquellas normas que tradicionalmente se han denominado como sustanciales o sustantivas, pero que, como acaba de decirse, pueden mejor denominarse materiales. Debe afirmarse que en realidad este derecho material está subordinado al Derecho Procesal Fundamental que puede determinar si puede aplicarse o no, por quién o quiénes, a quién o a quiénes y de qué modo y cuáles son sus efectos o consecuencias.

Cuando el artículo 9 del Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 81 de 1993), al sentar el principio de la finalidad del procedimiento, advierte que en la actuación procesal los funcionarios judiciales "harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferentemente su efectividad", no puede aceptarse que el derecho sustancial al que alude sea identificable exclusivamente con el articulado que consagra en el Código Penal el régimen de los delitos y las penas, sino que se extiende, primero que todo, al Derecho Procesal Fundamental o Derecho Procesal Sustantivo, garante máximo de la defensa y el respeto a los Derechos Humanos (el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a ser oído, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a ser juzgado con las formas propias del procedimiento, no son otra cosa que manifestaciones del Derecho Procesal Fundamental (o Derecho Procesal Sustancial).

Y tampoco debe admitirse que el derecho *adjetivo* al que se refiere esa disposición sea el Derecho Procesal. No obstante la pobre redacción de ese artículo podría interpretarse en el sentido de que las normas contenidas en el Código Penal prevalecen y tienen, por lo tanto, aplicación preferente sobre las simples normas positivas reguladoras de formas insustanciales que eventualmente podrían impedir injustificadamente la aplicación de las normas materiales contenidas en el Código Penal.

Son las formas vacías, sin sustancia ni fuerza, las que se subordinan a las normas que contienen el régimen de delitos y penas, pero éstas, a su vez, sólo son aplicables cuando no vulneran el Derecho Procesal Fundamental.

De la misma manera, cuando el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil colombiano dispone que al interpretar la ley procesal, "el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", se está refiriendo a las formas procesales o de procedimiento huecas, sin sustancia, que ciertamente son útiles y sirven de conducto o vía para el tránsito del proceso, y que tienden a evitar que éste se descarrile o locamente deambule.

Significa, entonces, que las normas positivas que regulan los contratos o las obligaciones, o que crean o establecen derechos o cargas interpersonales, pueden prevalecer sobre las simples disposiciones de procedimiento o de trámite, pero respetándose en todo caso, sin excepción, el Derecho Procesal Fundamental, al cual aquellas quedan subordinadas. Así, vr.gr., no puede el juez sentenciar el cumplimiento de un contrato si el demandado no fue oído en el proceso, o se desconoció su derecho de defensa, por más evidente que fuere el incumplimiento demandado.

Puede ignorarse un procedimiento, o una formalidad legal, y ser el juzgamiento válido. Pero si esa omisión o irregularidad se encuentra dentro de la órbita del Derecho Procesal Fundamental, el juzgamiento no es válido.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-58 de febrero 21 de 1995, se orienta en parte (pero todavía sin caer en cuenta de la existencia de un Derecho Procesal Fundamental) en las reflexiones precedentes al señalar que "La prevalencia de la justicia material sobre los procedimientos tiene la naturaleza de un principio y, en consecuencia, su relevancia sólo puede ser el resultado de un trabajo de sopesamiento con otros principios y reglas". Y en frase magistral advierte que "***La prevalencia absoluta de la justicia material es insostenible teóricamente e impracticable judicialmente***". Ello entrañaría el desconocimiento de toda formalidad en beneficio de las consideraciones fácticas; el derecho se desvanecería en una especie de actividad política -agrega la Corte-

Podría advertirse una aplicación del Derecho Procesal Fundamental en el caso del comerciante juzgado por un juez americano, que

viéndose amenazado en su establecimiento por los continuos robos nocturnos que por el sistema del *descuelgue* o *ventosa* se venían cometiendo en el vecindario, electrificó el techo de su local, sin aviso o advertencia alguna. Un desprevenido delincuente amaneció cualquier día pegado al techo, electrocutado. El juez sentenció que la vida humana vale más que la propiedad y condenó al comerciante a prisión por el delito de homicidio. Con el Derecho Procesal Fundamental el juez, en todos los casos, deberá sopesar los derechos fundamentales, en primer lugar, para llegar a una solución más justa.

Un juez aplicó el Derecho Procesal Fundamental en un proceso en el cual el demandante pretendía la restitución de una vivienda situada en zona rural que le había sido entregada en comodato al demandado. Notificado éste del auto admisorio de la demanda, no la contestó. De acuerdo con la ley colombiana, el juez debería dictar sentencia inmediatamente ordenando la restitución pedida¹². Sin embargo, aquel, al conocer personalmente que el comodatario era una persona de avanzada edad, enfermo y ciego, aunque decretó la restitución, tal como lo disponía la ley, condicionó la ejecución de la sentencia al hecho de que la primera autoridad política del lugar le suministrara a aquel un alojamiento acorde con su estado, lo que efectivamente se cumplió. Quien esto escribe era ese juez, quien no podía entender que la ley no le permitiera pensar y aplicar soluciones justas, pese a lo que la ley fría e incondicionalmente establecía al respecto.

Otro evento en el cual es manifiesta la aplicación del Derecho Procesal Fundamental (así no se identificara expresamente con esa denominación) es el que se encuentra en la sentencia del 9 de diciembre de 1975 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia -Sala de Casación Civil- mediante la cual por vía jurisprudencial estableció un término de caducidad de tres meses para la demanda de nulidad de matrimonio civil celebrado ante juez incompetente territorialmente, no obstante que la ley ni siquiera consagraba la caducidad para esa

¹². Artículo 424-par.3-1 del C. de P.C., aplicable al proceso de restitución de comodato por mandato del artículo 426 *ibidem*.

causal de nulidad.(para ello dedujo que era absurdo que, al tenor de la ley, esa nulidad pudiera demandarse en cualquier tiempo).

Manifestaciones supremas del Derecho Procesal Fundamental se advierten en la regulación del recurso de casación contenida en el Código de Procedimiento Penal colombiano, que permite que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, oficiosamente case la sentencia impugnada cuando observe que ésta se dictó en un proceso viciado de nulidad, o la sentencia haya afectado las garantías fundamentales del individuo (artículo 228). Pero en materia de casación civil, de familia o laboral no sucede lo mismo, con evidente desconocimiento del Derecho Procesal Fundamental.

También constituye realización positiva del Derecho Procesal Fundamental la regulación del recurso de revisión en materia penal (llamado en Colombia acción de revisión) (artículos 232 y siguientes del C. de P. P. colombiano), que puede intentarse en cualquier tiempo, como no sucede en la competencia civil en la cual existen términos de caducidad.

Pero, al contrario, es un claro desconocimiento del Derecho Procesal Fundamental la llamada Justicia sin Rostro, contemplada transitoriamente todavía en la legislación procesal colombiana, y en la peruana, mediante la cual la identidad de los jueces o fiscales se mantiene oculta para sindicado, apoderado, procesado o defensor, lo mismo que la identidad de los testigos, y las providencias no permiten identificar al fiscal o juez que las profirió, pues la copia que se agrega al expediente no tendrá la firma de los magistrados, juez o fiscal que la pronunciaron. Es justicia que ofende la dignidad humana y que, posiblemente, puede degenerar en la justicia que administraban los llamados Tribunales para protección del Poder (que eufemísticamente se denominaban Tribunales para la Protección del Estado) que en diversas épocas de la historia han sido institucionalizados en diversas partes del mundo¹³, o convertirse en la justicia del denominado Juez Ene-

.....
¹³ Vele recordar el *Tribunale speciale per la difesa dello Stato* creado por Mussolini por Ley de noviembre 25 de 1926.

migo. La Justicia sin Rostro no puede ser justicia, sino más bien una actuación administrativa o ejecutiva de control del orden público.

En este punto, quizás deba distinguirse la existencia de dos administraciones de justicia: la Judicial, cuya finalidad es la búsqueda permanente del Derecho y de la Justicia y la protección de los derechos humanos y de la dignidad del hombre y el desarrollo de su personalidad. Y la Gubernativa, o Justicia Ejecutiva, basada en el poder del gobernante, cuya finalidad única es la protección del mismo gobernante, de su poder, y de las instituciones que él ha ideado o creado para el Estado y que estima deben sobrevivir, o para el control desmedido del orden público.

El Derecho Procesal Fundamental no puede justificar esta clase de justicia. El gobernante posiblemente sí encuentre su justificación o conveniencia. El poder político ejerce en este caso su dominio y puede organizar para este fin una justicia administrativa o gubernativa, no judicial, pero con apariencia de judicial.

Para enfatizar la idea de la existencia del Derecho Procesal Fundamental es adecuado advertir que aquel no es el Derecho Procesal Civil, o el Derecho Procesal Penal, o el Derecho Procesal Laboral, o el Derecho Procesal en cualquiera de sus ramas o especializaciones.

El Derecho Procesal Fundamental es un Derecho Superior tutelar de todos los Derechos Procesales en particular, de los procesos y de los procedimientos y de los juzgamientos, en cuanto con estos debe realizarse el derecho subjetivo, pero respetándose la dignidad y los Derechos Humanos. Es un Derecho que los jueces deben aplicar sin tener en cuenta para nada los poderes políticos, religiosos, económicos y del dinero. Y es ajeno, igualmente, al querer o presión de los medios de comunicación.

El Derecho Procesal Civil tiene una categoría propia, en cuanto propende por la perfección y eficacia de la organización judicial civil, de los procesos y de los procedimientos. Pero sobre ese Derecho Procesal Civil se encuentra el Derecho Procesal Fundamental, al cual aquel se le subordina.

El juez civil, al tramitar el proceso o al dictar sentencia, puede crear la norma jurídica, pero no siempre lo puede hacer con las pautas que le traza la ley o el Derecho Procesal Civil, sino que tiene que acudir al Derecho Procesal Fundamental.

Si existe un trámite inadecuado de un proceso civil, pese a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, el Derecho Procesal Fundamental será en último caso quien definirá si el proceso está afectado de nulidad o si, por el contrario, el proceso es válido al no haberse violado el derecho de defensa o demás derechos fundamentales de la parte.

La distinción que se hace respecto del Derecho Procesal Civil frente al Derecho Procesal Fundamental, es extensible a todos los demás Derechos Procesales (penal, laboral, administrativo, agrario, de familia, etc.).

Al Derecho Procesal Fundamental no le interesa que en un proceso civil el demandado tenga diez días para responder una demanda, o tres días para impugnar una decisión. Lo que le preocupa es que el demandado tenga la suficiente garantía y plazo para responder la demanda o para impugnar una providencia y que tenga conocimiento de lo que puede hacer.

Como tampoco le interesará al Derecho Procesal Fundamental que en un proceso penal el sindicado o procesado tenga derecho a dos o tres apoderados o defensores, o que la impugnación de una sentencia condenatoria deba hacerse en tres días: lo que le importa es que el sindicado o procesado tenga su apoderado o defensor, no importa cuántos, o que tenga la debida oportunidad para apelar de la condena y que sepa porqué se le condena.

Tampoco le importa si el procedimiento fue irregular (lo que le importa es que, no obstante, los derechos fundamentales se hayan respetado, no se haya violado el derecho de defensa (en sus diversas manifestaciones) y no se haya ofendido la dignidad o los derechos humanos.

El Derecho Procesal Fundamental tiene su soporte más en el Derecho Natural que en el Derecho Positivo. Y puede prevalecer aun sobre la misma Constitución Política en aquellos regímenes que tienen una falsa Constitución, o ésta contiene falsas normas, esto es, desconocedoras de los Derechos Humanos o del respeto a la dignidad humana, que puede darse (y en la práctica se ha dado) en regímenes totalitarios o déspotas, en los que la Constitución no representa el sentimiento jurídico del pueblo, sino la fuerza de las propias razones del gobernante (recuérdense constituciones donde se desconocen derechos a las mujeres o a los extranjeros). En estos casos será el propio pueblo o la presión jurídica o política internacional los que podrían intervenir para el adecuado ajuste constitucional. No puede aceptarse en esos casos la excusa de la discutida soberanía nacional (o soberanía gubernamental o de los poderes, en muchos casos).

El Derecho Procesal Fundamental puede, pues, detectar y desecharse o desconocer no solamente la falsa norma constitucional¹⁴, sino también la falsa norma legal, de modo que el juez no la aplique, aunque esto es ciertamente excepcional.

La Constitución es simplemente una declaración supuestamente del Derecho, pero no puede ser el Derecho mismo o el único Derecho. Por el contrario, podría ser contraria al Derecho. Puede coincidirse aquí con lo advertido por RENÉ DAVID cuando expresó que: "El Legislador puede, mediante la Ley, ayudar a explicarnos qué es el Derecho, y su obligación es hacerlo, pero el Derecho es algo más que la Ley. No puede confundirse con la voluntad del Legislador, sino que debe ser descubierto por el esfuerzo común de todos los juristas, de todos los que colaboran en la administración de la justicia".¹⁵

¹⁴ En Colombia se ha discutido si la norma constitucional que prohíbe la extradición de nacionales podía desconocer lo previsto en tratados internacionales suscritos y aprobados con otros países. Si lo dispuesto en tratados, acuerdos o convenios internacionales no puede ser desconocido por una Constitución posterior a ellos, se estaría entonces en presencia de una falsa norma constitucional.

¹⁵ Ob.cit.

Si las Constituciones fueran en realidad la máxima e indiscutible manifestación del Derecho, jamás serían reformadas o enmendadas. Es más, ni siquiera se discutirían sus normas ni surgirían discrepancias respecto de su interpretación.

En la realidad se aprecia todo lo contrario, especialmente en aquellos países en los que sus Constituciones abundan en artículos o fueron elaboradas y aprobadas con convergencia de múltiples y dispersos intereses (normalmente, las mejores Constituciones son las que contienen menos artículos). El Derecho jamás puede limitarse a un texto. Es la vida diaria y las circunstancias del caso las que determinan la existencia y el reconocimiento del Derecho.

¿Quién garantiza que una Constitución o una Ley son justas y sabias?

Imaginémonos un Congreso o Parlamento o una Asamblea Constituyente con el afán de discutir, redactar y aprobar una enmienda constitucional. Supongamos que sus miembros han llegado allí con el apoyo y decisión del poder político, del poder religioso, del poder económico o del poder del dinero.

Consideremos que esos miembros, o los grupos que representan, tienen intereses particulares o inmorales. Aceptemos, en este camino de suposiciones, que la Constitución finalmente aprobada contenga normas que ofenden la dignidad humana (la justificación de la tortura o de la desaparición por justificación política, la confiscación, la violación de la vida íntima o privada, so pretexto de la defensa del Estado; el establecimiento del juzgamiento de plano, sin trámite alguno, o la creación del proceso sin medios de defensa, o que, en fin, impusiera un régimen de delitos y penas con beneficio exclusivo de los delincuentes, y con grave irrespeto al pueblo). Se tendría, además, que la ley, hija de la Constitución, no podría ser mejor.¹⁶

¹⁶ *Chi fa le leggi?* (¿Quién hace la ley?), es la pregunta que se han hecho algunos doctrinantes italianos que han desconfiado de la ética o sabiduría del legislador. (anotación en "La Certeza del Derecho", de López de Oñate. E. J. E. A. Buenos Aires. 1953.

Es evidente que en el caso propuesto¹⁷ la administración de la Justicia y del Derecho no encontraría soporte alguno en la Constitución o en la Ley. Tendría que acudir a otras fuentes. El Derecho Procesal Penal no podría ir más allá de los límites trazados por la misma Constitución o por la Ley. Lo mismo se predicaría de los demás derechos procesales especializados.¹⁸

¿Cómo se respetarían la dignidad humana y los derechos humanos en tan sombrío panorama constitucional y legal? El Derecho Procesal Fundamental lo podría lograr.

El Derecho Procesal Fundamental en Colombia encuentra parcialmente su reafirmación, respaldo y poder, en los principios constitucionales, desarrollados en parte por la Corte Constitucional a partir de 1991, contenidos en sentencias que han resuelto tanto acciones de constitucionalidad como de tutelas.

Estos principios, garantía del Derecho Procesal Fundamental, tienen que ver no solamente con el proceso, sino además con el poder de acción y con la misma organización judicial. Al efecto pueden citarse los siguientes: cosa juzgada, *non bis in ídem*; principio de la jerarquía; debido proceso; derecho de acceso a la administración de justicia; igualdad ante la ley; supremacía constitucional; buena fe; no reformatio in peius; favorabilidad; presunción de inocencia; celeridad procesal; prevalencia del Derecho Internacional; primacía de los derechos fundamentales; autonomía del juez; derecho de defensa; no pre-

¹⁷ En la Alemania Nazi las leyes no siempre aseguraban el respeto a la dignidad humana, y debían ser aplicadas por los jueces. Caído el régimen éstos fueron juzgados, sin que les valiera excusarse en que su función se limitaba a hacer cumplir la ley.

¹⁸ No es de extrañar que la Ley no sea fuente principal del Derecho en algunos países del mundo. Por ejemplo, en China, en donde la costumbre prevalece sobre la Ley, pues esta no es el procedimiento normal para asegurar el funcionamiento de la sociedad, dado que su carácter abstracto no puede prever todas las situaciones posibles que se dan en la realidad, y pondría en peligro el sentimiento de justicia innato en el hombre (al respecto, puede consultarse "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", de René David. Biblioteca Jurídica Aguilar)

valencia del derecho material; juez natural; publicidad del proceso; imparcialidad, imparcialidad e independencia del juez; habeas corpus; prevalencia de los derechos de los niños; in dubio pro reo; in dubio pro operario; moralidad procesal; derecho a ingresar o permanecer en la carrera judicial o administrativa; motivación de las sentencias.

Debe advertirse, empero, que la Constitución Política no es necesariamente una fuente del Derecho Procesal Fundamental, pues éste no puede surgir de un texto escrito, sino que se apoya en principios de orden, justicia, equidad, respeto a la biodiversidad o a toda forma de vida (no exclusivamente a la humana), y en la protección del ambiente, y a las circunstancias del caso actual y concreto, no siempre previsto en los textos constitucionales o legales.

No puede desconocerse, sin embargo, que las Constituciones Políticas recogen en particular esos principios o contienen unas normas generales que pueden ayudar a la aplicación del Derecho Procesal Fundamental las más de las veces.

Así, por ejemplo, es admirable el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, que reconoce la existencia de otros derechos, garantías o principios (que pueden servir para la realización de esta Teoría del Derecho Procesal Fundamental), así no aparezcan en un texto o norma positiva.¹⁹

Podría quizás afirmarse que las fuentes principales e inmediatas del Derecho Procesal Fundamental no pueden ser otras que *los derechos humanos, el sentimiento jurídico del pueblo y la justicia del caso concreto*.

Sobre el sentimiento jurídico del pueblo, vale anotar que según KRABBE²⁰, la idea moderna del Estado reconoce la autoridad impersonal del Derecho como poder gobernante de la vida social humana.

¹⁹ Art. 94: "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 figuren expresamente en ellos".

²⁰ Citado por Fernando Fueyo Laneri en Interpretación y Juez. Santiago. 1976.

No es la voluntad del soberano, sino la convicción jurídica del pueblo la que le da fuerza obligatoria al Derecho Positivo.

Ningún Derecho puede ser válido si no es conforme al sentimiento jurídico que prevalece en la comunidad.

Partiendo de esa idea, el ilustre profesor chileno FERNANDO FUEYO LANERI afirmaba que el sentido jurídico del pueblo es la única fuente de todo Derecho. Una ley que continúe figurando en la colección legislativa, a pesar de que haya cambiado el sentido jurídico del pueblo, pierde su fuerza obligatoria.²¹

El sentimiento jurídico del pueblo, como fuente del Derecho Procesal Fundamental, debe entenderse como un sentimiento *sin liderazgo*, esto es, aquel que brota espontáneamente, sin un manejo político o de manipulación de los otros poderes, o de los medios de comunicación.

Vale recordar lo sucedido recientemente en Colombia, en hechos aislados, respecto de dos populares deportistas: uno de ellos fue sindicado de un ilícito penal; en tanto que el otro fue asesinado. En el primer caso, el poder del dinero (que movilizó marchas, publicidad, y cartas de presión), y de los medios de comunicación lideraron un constante sentimiento popular para que fuera absuelto, como efectivamente ocurrió.

En el otro evento, el sentimiento popular, liderado por los medios de comunicación, logró que en tiempo extraño a la reconocida lentitud judicial, se condenará al homicida a una de las mayores penas impuestas en la historia de Colombia por delito parecido.

VI. CONCLUSIÓN

Cuando se comprendan debidamente las ideas expuestas, el Derecho Procesal Fundamental será el Derecho tutelar de todos los

²¹ Interpretación y Juez. Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Iuris. Santiago. 1976.

Derechos y derechos, en todas las jurisdicciones, competencias o especialidades, y será el máximo guardián y protector de los Derechos Humanos.

Será, pues, un Derecho Superior que hará innecesarias, en muchos casos, las fórmulas procedimentales preestablecidas en los códigos, pues el juez sabio y conocedor del Derecho Procesal Fundamental brindará en cada caso, según su justo criterio, las oportunidades necesarias para la realización de los derechos subjetivos, para el reconocimiento del derecho a quien lo tiene y su desconocimiento para quien no lo tiene.

El Derecho Procesal Fundamental podrá seguir unas pautas, pero no podrá comprenderse su aplicación sino en el caso concreto.

Tal como se ha dicho respecto de la interpretación de la norma legal, el Derecho Procesal Fundamental tampoco puede ser enseñado: “de igual manera como sucede con el arte de interpretar las composiciones musicales o poéticas: lo fundamental e intransmisible es la intuición de la justicia cuando se trata de la hermenéutica y la intuición de la belleza cuando de música o literatura”.

“Por encima de las reglas está la intuición de lo que es justo y conforme a Derecho, propia del jurisconsulto auténtico o del magistrado culto y honrado que no contemplan la ciencia jurídica como un sistema de abstracción y conceptos metafísicos, sino como un medio para lograr el fin de que en las sociedades humanas impere la justicia. Algo de esto hay en lo que Sancho le dijo a Don Quijote: Pocas letras tengo porque aún no se el abecé; pero bástame tener el Christus en la memoria para ser buen gobernador”.

Con la aceptación de la existencia del Derecho Procesal Fundamental como la máxima categoría del Derecho y del Derecho Procesal, se llegará a la cumbre del desarrollo de la administración de justicia, que lo marcará el hecho de que el juez pueda ser creador de la norma jurídica (por lo menos en aquellos sistemas en que todavía no es por oposición de los poderes políticos, religiosos, económicos o del dinero), independientemente de la voluntad del legislador o del gover-

nante, entendiendo el juez, como lo debe entender, que su función no puede ser la de proteger al gobernante, o al poder político, religioso, económico o del dinero, ni siquiera deberá preocuparse de la defensa del Estado o de su supervivencia (aunque esto será consecuencia necesaria de sus decisiones justas), sino que su misión sublime y única será la de garantizar el respeto a la dignidad y derechos del hombre como ser universal.

El juez conocedor del Derecho Procesal Fundamental tendrá en la ley un punto de partida, pero el juzgamiento siempre lo deberá hacer con base en el respeto a la dignidad y a los derechos humanos, y aun, atendiendo el sentimiento jurídico del pueblo, sin liderazgo. Esta meta podrá o no coincidir con la ley.

El juez, con base en el Derecho Procesal Fundamental, podrá desconocer la ley caduca, la ley injusta, y la ley que no puede aplicarse, formas de ley que el magistrado chileno Rubén Galecio Gómez expuso en 1966²², identificándolas así:

Ley caduca: Es aquella que no corresponde ya ni al sentimiento actual de la comunidad ni a las necesidades sociales y que está en contradicción con el espíritu general del resto de la legislación.

Ley injusta: Es aquella en que se manifiesta la pérdida del equilibrio, sea de la igualdad con que deben ser tratados todos los hombres, sea de la protección que se presta a valores de diversos significados.

Ley que no puede cumplirse: Es aquella que impone conductas o sistemas que no calzan con la realidad, generalmente por falta de medios para llevarlos a efecto.

Es importante destacar que estos criterios de la ley caduca, injusta o inaplicable, no son aislados dentro del contexto universal. Otro magistrado -este español- advirtió que "La creación judicial del Derecho es, en la práctica, una contribución a la seguridad jurídica, porque

²² Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 63. Santiago. 1966.

de seguir la estricta postura de la subsunción lógica, en más ocasiones de las que se cree se producirían auténticas denegaciones de justicia o, más modestamente, problemas irresueltos, o bien, y no se sabe qué es lo más grave, sentencias injustas por aplicación de leyes injustas "*hic et nunc*"²³.

En otra oportunidad el Tribunal Administrativo de Wuppertal afirmó que "Las leyes no han de concebirse por más tiempo como algo rígido y totalmente inalterable, sin tener en cuenta para nada el sentimiento de justicia, puesto que está por encima de la ley positiva la conciencia del deber absoluto del juez con respecto al Derecho y a la Moral y a sus conciudadanos, a los que tiene que juzgar".

Eberhard Schmidt, posteriormente, señaló que "Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan solo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes".

El Derecho Procesal Fundamental dejará sin apoyo los principios que desde siempre han orientado a los jueces en su función de administrar justicia, tales como:

- Dura es la Ley, pero es la Ley;
- Donde el legislador no distingue, no debe distinguirse;
- El derecho sustancial (material) prevalece sobre el derecho procesal;
- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu;
- El legislador es sabio, sobrehumano e infalible; la función del juez se limita a ejecutar la voluntad del legislador;
- En caso de duda es mejor atenerse a las palabras de la ley;

²³. *Introducción al Derecho Judicial. Carlos de la Vega Benayas. Montecorvo. Madrid. 1970.*

- Las leyes no han de ser juzgadas;
- Necia sería la sabiduría que pretendiese ser más sabia que la ley;
- La Ley cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló.

Esos principios que han constituido la máxima orientación del juez en su labor de administrar justicia, deberán desecharse, pues aquel no es ya súbdito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado, sino que debe convencerse de su papel de transcendencia en la sociedad, que no puede serlo de un simple aplicador mecanicista de la voluntad del legislador²⁴.

Debe reflexionarse sobre lo que hace muchos años se dijo: "La sociedad actual, como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para la perversión de lo jurídico"²⁵. El juez, con la aplicación del Derecho Procesal Fundamental podrá impedir que ello suceda.

No obstante lo expresado, es necesario advertir que el Derecho Procesal Fundamental no pretende de modo alguno desconocer *a priori* el cumplimiento de la ley. Lo que busca es el imperio de la justicia. Por consiguiente, siguiendo a Castán:²⁶

²⁴ "Ningún juez puede invocar, ni ninguna jurisprudencia puede atenerse a una ley que no solo es injusta, sino que es delictiva. Invocamos los Derechos Humanos, que están por encima de todas las leyes escritas, el Derecho inextirpable y eterno, que rehúsa la validez a los mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos". (Palabras del fiscal de Sajonia, en 1946, al proponer la responsabilidad penal de los jueces que dictaron sentencias inhumanas fundadas en las leyes nacionalsocialistas durante el régimen Nazi, en Alemania).

²⁵ Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo. Por Eduardo García de Enterría. Madrid, 1963. Citado por Fernando Fueyo Laneri. Ob. cit., pág. 162.

²⁶ José Castán. Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho. Reus. Madrid. 1947

1. Hay que partir de una presunción favorable a la justicia de las leyes positivas. Mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes, las leyes se estiman o presumen justas y conforme al fin público.
2. Incluso la propia norma injusta podría ser aplicada, excepcionalmente, como si fuera Derecho cuando el incumplimiento de las mismas pudiera dar lugar a escándalo o desorden grave e irreparable.
3. La norma injusta se depura por la propia resistencia o rebeldía de los ciudadanos a su cumplimiento.
4. Los criterios interpretativos pueden reducir al mínimo la posibilidad trágica de que el juez se vea irremediamente forzado a aplicar contra su conciencia una Ley que juzgue contraria al Derecho Natural o a optar por la renuncia a su cargo.

En el mundo convulsionado de hoy la crisis legislativa no es exclusiva de Colombia, pero dadas las particulares características que se han dado aquí en la formación de las leyes (éstas en sentido genérico), los jueces tienen el deber de ser vigilantes y prudentes críticos de la ley, de modo que su función no se desvirtúe frente a normas positivas caducas, injustas o inaplicables. Para evitar caer en la arbitrariedad²⁷, los jueces deberán cotejar la norma positiva con los derechos huma-

²⁷ Sobre el arbitrio, también se ha cuestionado al Legislador. La Ley es arbitraria, cuando entre varias hipótesis, escoge una. Cuando fija un plazo o regula un acto, aquel hace uso de su arbitrio *para eliminar el arbitrio*. El arbitrio del legislador o del gobernante puede comprenderse mejor con lo que al respecto relata Hobbes en su *Leviathan*: "El soberano de un Estado, sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, pues teniendo el poder de hacer y de revocar las leyes, puede, cuando le parece, liberarse de aquella sujeción, anulando las leyes que le molestan y haciendo otras nuevas: en consecuencia, estaba libre también antes".

Sobre el arbitrio del gobernante es ilustrativo el Decreto Ejecutivo 1717 de junio 9 de 1982 mediante el cual el entonces Presidente de la República de Colombia, a menos de dos meses de entregar el mando al recién electo Presidente, dispuso en su artículo 4o. que "Los Ex-presidentes de la República podrán poseer las armas de defensa personal que consideren necesarias, sin necesidad de salvoconducto de ningún género".

nos, el respeto a la dignidad humana, y el sentimiento jurídico del pueblo, como fuentes del Derecho Procesal Fundamental. El conocimiento y manejo de los principios y derechos fundamentales será de valiosa ayuda en esa tarea²⁸.

De parecido linaje es la Ley 273 de 1996, aprobada en tiempo *record* por el Congreso de la República de Colombia, cuya mayoría pertenece al partido liberal, que es el mismo partido del Presidente de la República, quien precisamente fue quien presentó el proyecto de ley. En esta se introdujeron reformas para los juicios que se adelanten contra el Presidente por la Cámara de Representantes (quien para esa época lo juzgaba). Se dispuso, entre otras cosas, la publicidad de las deliberaciones y se estableció la presencia obligatoria del Ministerio Público (manejado por el partido liberal) en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, encargada de instruir el proceso penal por denuncia presentada por el Fiscal General de la Nación contra el Presidente de la República.

En los dos ejemplos anteriores el Presidente de turno legisló en causa y beneficio propios.

²⁸ El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia expresa: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley". Y agrega: "La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". El concepto de *Ley*, consagrado en dicho artículo como fuente del Derecho, ha sido definido de manera novedosa y encomiable por la Corte Constitucional en sentencia C-486 de octubre 28 de 1993. En este sentido afirmó que "Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (C.P., art. 4o.), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción; las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (C.P., art. 4o.); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (C.P., art. 85), los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitando, podrían ser dejados de lado por los jueces; los decretos del Presidente, las ordenanzas de las asambleas, los acuerdos de los concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces; los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función pública; los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente". Añade la Corte: "Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada- la "ley" captada en su acepción puramente formal- sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista

Así, pues, el destino de un Estado no está atribuido exclusivamente a dos de los tres Poderes tradicionales. Los jueces también tienen el deber de asumir la responsabilidad de ese destino. Los jueces, se insiste, no son súbditos u obsecuentes servidores de las otras ramas del Poder Público, sino que se encuentran en el mismo plano de responsabilidad en el manejo y orientación del Estado²⁹. Debe aceptarse, por consiguiente, lo que en alguna oportunidad alguien afirmó: "Hoy en día ya se está muy lejos de alimentar las ilusiones del legalismo del siglo XIX que hacían del juez un servidor de la ley, que se limitaba a aplicar a los hechos la solución lógicamente deducida de un texto legal, límpido, universalmente aplicable y al abrigo de cualquier imprevisto. El oficio del juez no debería reducirse a un razonamiento

normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "marco jurídico" (párrafo) y "orden jurídico"(art.16)". Más adelante precisó: "La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y justicia.

"La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (C.P.,art.2o.), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico".

²⁹ Esta afirmación necesariamente produce que se discuta cuál es la función del juez. Para este propósito, puede recordarse las diversas concepciones que en la historia del pensamiento jurídico se han pregonado respecto de los modelos existentes en relación con la función judicial. A. Calsamiglia recuerda los siguientes:

- A) El modelo *silogístico* defendido por el formalismo jurídico. Según esa concepción, la tarea del juez es lógica-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable entonces el juez debe rechazar la demanda. En el derecho no existen casos difíciles porque todo lo que no está prohibido está permitido. La ley siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley.
- B) El modelo *realista* defendido por muchas corrientes antiformalistas. Según ese modelo las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. Por eso Llevellyn afirmaba que las normas no son más que juguetes

consistente en echar entre el hecho y la ley la pasarela infalible de un silogismo” (Leo Tindemans, Primer Ministro Belga, en Discurso de Clausura del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gante, Bélgica, en 1977)³⁰.

El desconocimiento o inaplicación de la ley positiva podría chocar con la llamada *seguridad jurídica*. Sin embargo, ésta debe subordinarse a la justicia, que es, en últimas, la que justifica la existencia del juez. Si este fuera un mero aplicador de la ley escrita podría reemplazarse sin esfuerzo alguno por la autoridad policiva. No debe, pues, preocupar la mencionada *seguridad jurídica*.³¹

Una vez se comprenda la verdadera dimensión del Derecho Procesal Fundamental o Derecho Procesal Sustancial, podrán repensarse algunas de las tantas teorías falsas y absurdas del proceso judicial, e

vistosos. En ese modelo carece de sentido plantear el tema de los casos difíciles porque no se dan en la realidad. El juez siempre soluciona los casos que se le plantean. El juez tiene por tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento del juez de la ley. Concede al poder judicial un auténtico poder político que no es congruente con el sistema de legitimación del Estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes.

- C) El modelo *positivista de la discreción judicial*. Este modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. Este modelo ha sido defendido por Hart y Bobbio. En los casos difíciles el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte del término. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. La ley no ofrece respuestas correctas, sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas.
- D) El modelo de la *respuesta correcta* (de Ronald Dworkin). Según ese modelo el juez siempre encuentra respuesta correcta en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

³⁰ Parecen igualmente válidas las siguientes normas de conducta judicial, propuestas en 1550 por el sueco Olaus Petri: “La ley que es fuente de males deja de ser ley”; “El buen juez resuelve siempre en razón de las circunstancias”; “Será ley lo que se revele más conforme con el bien del hombre, sin importar lo que disponga literalmente una ley escrita”; “Los Códigos son para el jurista un punto de partida, no una meta”.

³¹ Sobre la *seguridad jurídica* puede consultarse *Interpretación y Juez*, por Fernando Fueyo Laneri, pgs 140 a 145

iniciarse parcialmente su desmonte gradual en lo que constituyan obstáculos innecesarios e injustos y, hasta cierto punto inhumanos, para que exista y se aplique una adecuada administración de justicia.

Sobre este punto es necesario advertir que lo que se debe pretender es que se eliminen determinadas instituciones, tales como la posibilidad de sentencias inhibitorias en materia civil, la posibilidad de que la nulidad procedimental no se declare, en ningún caso, cuando es evidente que a las partes se les ha respetado el derecho de defensa, su igualdad jurídica y procesal, y se ha preservado el debido proceso, sin menoscabo, pues, de ninguno de sus derechos fundamentales. De esta manera, por ejemplo, la indebida acumulación de pretensiones que impide una decisión de fondo, no deberá conducir a una decisión inhibitoria, sino que el juez, antes de proferir sentencia, deberá requerir al demandante para que manifieste por cuál de las pretensiones opta; la ineptitud de la demanda no podrá conducir a inhibición para el fallo de fondo sino cuando aquella sea grave; las causales de nulidad procesal deberán replantearse; las excepciones previas, en cuanto a su trámite y forma de decidir las, deberán reformularse. Las causas de rechazo de plano de la demanda deberán ampliarse. Con la aplicación del Derecho Procesal Fundamental en materia penal, la privación de la libertad, como medida de aseguramiento provisional, deberá ser excepcional, y sólo aplicable en los casos de delitos atroces, o de delincuentes reincidentes, o cuando el delito investigado ha causado conmoción social, o quien lo ha cometido es un sujeto peligroso para la comunidad, o cuando no exista certeza probable de que el sindicado, en el evento de ser condenado, se someterá sin oposición a la ejecución de la pena. Es evidente, que la presunción de inocencia, salvo los casos señalados antes, no explica ni justifica que antes de producirse la sentencia que resuelva definitivamente sobre la responsabilidad del imputado, a éste se le prive de la libertad³².

³² . Esto es, ni más ni menos, lo que a gritos pregona el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal colombiano, que no obstante estar consagrado como norma rectora, no se aplica : ("En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".)

La cosa juzgada, que tiene por finalidad la seguridad jurídica, y evitar la repetición de procesos judiciales que crearían la obvia incertidumbre social, quizás podría llegarse a reevaluarse, con base en el Derecho Procesal Fundamental, si la sentencia que ha alcanzado esa categoría legal, ha ofendido la dignidad humana o los Derechos Humanos, y continúa agravando a la sociedad.

La institución de la prescripción, en materia penal, también puede cuestionarse, para examinar su desmonte, al menos respecto de delitos atroces. Debe quedar claro que el desconocimiento de los Derechos Humanos o el agravio a la dignidad humana jamás prescriben o caducan. Sobreviven, incluso, al ofendido y a su descendencia. Es ejemplar el caso del Estado de California (como sucede también en otros de Estados Unidos de América) en el cual el delito de homicidio jamás prescribe. Este podría ser un caso de aplicación del Derecho Procesal Fundamental, que exigiría el juzgamiento del homicida en cualquier tiempo, pues el derecho a la vida no prescribe. La llamada cosa juzgada en realidad tendría en estos casos la entidad simplemente de *cosa decidida*

En Colombia, como en otros países, se ha producido el sacrificio injusto y horrendo de ilustres líderes que posiblemente le habrían dado un nuevo rumbo al Estado, pero cuyos homicidas no han sido descubiertos. ¿Sería justo que identificados y comprobada su responsabilidad en esos crímenes no se les pudiera condenar por haber prescrito la acción penal? ¿Sería justo que la sociedad siguiera soportando el agravio? Recuérdese cómo ningún criminal de guerra ha podido invocar la prescripción de la acción penal o de la pena, y hoy, después de haber transcurrido más de cincuenta años de la comisión de sus crímenes, continúa su persecución por parte de los países agraviados.

Es ahora cuando se aprecia el acierto de lo afirmado por el profesor MAURO CAPPELLETTI cuando en una noche de julio de 1976 en Hamburgo, luego de una silenciosa reflexión, según lo recuerda el jurista belga MARCEL STORME, manifestó: "Puedo equivocarme, pero pienso que hoy día el Derecho Procesal es el ramo más impor-

tante del Derecho"³³. Posiblemente en la mente del profesor florentino ya gravitaba la idea de la existencia del Derecho Procesal Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

1. Proceso y Derecho Procesal. Pedro Aragonese Alonso. Aguilar. Madrid. 1960.
2. Proceso y Forma. José Lois Estévez. Porto. Santiago de Compostela. 1947.
3. El Derecho en el Derecho Judicial. Carlos Cossio. Kraft. Buenos Aires. 1945.
4. Interpretación y Juez. Fernando Fueyo Laneri. Universidad de Chile. 1976.
5. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. René David. Aguilar. 1973.
6. Sistema de Derecho Procesal. Francisco Canelutti. Uthea. Buenos Aires. 1944.
7. Introducción al Derecho Judicial. Carlos de la Vega. Montecorvo. Madrid. 1970.
8. Memorias del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal. Gante. 1977.
9. La Acción en el Sistema de los Derechos. Giuseppe Chiovenda. Temis. 1986.
10. La Certeza del Derecho. Flavio López de Oñate. E.J.E.A. Buenos Aires. 1953.
11. La Ley y Los Jueces. Eberhard Schmidt. Aguilar. Madrid. 1971
12. Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República. 1994.

³³ . Narrado en el Primer Congreso de Derecho Procesal organizado por la International Association of Procedural Law, en Gante, Bélgica, en 1977, que tuvo como tema "Hacia una Justicia con Rostro Humano"