

## EL JUEZ Y LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

JORGE FLORES GACHARNA

Miembro de los Institutos Ibero Panamericano y Colombiano de Derecho Procesal  
Profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia

1. En el marco del IX Congreso de Derecho Procesal colombiano celebrado en la ciudad de Santa Marta (noviembre 1 a 4 de 1988), planteé la necesidad de mirar con la óptica del servicio público lo relativo a la administración de justicia.

Para nadie es extraño que el fin del presente siglo nos ha trazado la servidumbre de tránsito entre "El Estado Liberal individualista y el Estado Social de Derecho", producto de las profundas transformaciones políticas y sociales.

Expresé en aquella ocasión que el sistema decimonónico de Libertades Formales está rebasado por las exigencias de la efectividad en concreto de los derechos y las garantías constitucionales. El Estado administrativo pasivo debe convertirse en controlador y garante de la operatividad efectiva de estos y de nuevos derechos.

El programa del estado bienestar (Welfare State) supone el expreso aseguramiento del acceso a los bienes en general, esto es, a los de salud, consumo, cultura, ocio, y especialmente justicia, entre otros.

Se trata de una nueva estructuración de la sociedad a través de una política de reformas sociales en que la administración, con tácticas modernas y eficaces, sea la responsable de la procura existencial, para instaurar el estado de justicia.

Expresa R. David que "...el Estado no se limita más a su rol tradicional de genearme y juez; ha emprendido la transformación de la sociedad. A partir de ello, el Derecho ha adquirido una nueva dimensión y, las normas elaboradas en otro tiempo en vista de reglar los conflictos individuales han resultado insuficientes para asegurar la plena eficacia".

La cláusula del Estado Social contenida en el art. 20, párrafo 1, de la ley fundamental alemana, por ejemplo, ha elevado a obligación jurídica el establecimiento de la igualdad de oportunidades. Según el Tribunal Constitucional alemán, el art. 19, ap. 4, de la misma, garantiza no sólo el derecho formal y la posibilidad de acudir a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurídica.

No podemos desconocer, sin embargo, que la idea del estado social supone acondicionamientos en los países subdesarrollados sometidos a la dependencia económica.

El Art. 1 de la nueva Constitución Política colombiana señala ante la faz del mundo que Colombia es un Estado Social de Derecho respetuoso de la dignidad humana, en tanto que el Art. 13 ratifica que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los

mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, con la advertencia de que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados.

2. La defensa judicial de los derechos exige el libre acceso a la jurisdicción de tal manera que la frase igualdad ante la ley se traduzca en igualdad ante la justicia.

El concepto de acción, de un simple derecho formal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz. Hoy la acción es: derecho humano a la justicia.

El antiguo Art. 45 de la C. N. de 1886, ha sido sustituido por el art. 23 extendiendo su imperio al legislador para reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Entretanto, el Art. 229 garantiza el acceso a la justicia y el 228 señala que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas y permanentes, con las excepciones que establezca la ley, prevaleciendo siempre el derecho sustancial, relevando que (Art. 230) los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, recordando que (Art. 4) la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

3. La crisis del Derecho, la expansión de la sociología y el auge de los aportes histórico-comparativos, transportan a los juristas del orden normativo hacia la realidad social. Las investigaciones realizadas con métodos sociológicos han generado una toma de conciencia sobre la necesidad de atender a la efectividad de las normas de derecho, de los cuales se extraen las siguientes necesidades:

a) La renovación metodológica, caracterizada por la investigación sociológica y los aportes del análisis comparativo en el estudio de los problemas y de las propuestas de las soluciones de política legislativa que debe caracterizar al nuevo Congreso Nacional.

b) La concepción del ordenamiento jurídico como un verdadero instrumento de transformación social.

Estado del servicio de justicia en el tránsito de la Constitución de 1886 a la de 1991.

El dilema para los operadores y los consumidores del servicio de justicia es responder la pregunta: ¿El servicio de justicia es eficaz?

La respuesta es casi uniforme: La justicia no es eficaz.

Los grandes indicadores de la ineficiencia de la justicia se pueden resumir así:

a) Para el litigante: lentitud, morosidad, mediocridad de los funcionarios.

b) Para el juez: exceso de procesos, mediocridad de los abogados.

Lo anterior, para nuestro análisis, podemos encuadrarlo de la siguiente manera:

### 1. *Defectos en la organización judicial*

a) Garantías Constitucionales. No aseguran la necesaria independencia del Órgano Judicial, tampoco la adecuada selección de jueces; no existe una real carrera judicial que implique la inamovilidad, salvo expresa excepción.

b) Normas Orgánicas. Aún no aseguran una equitativa distribución geográfica de los despachos judiciales. No existe un criterio definido en materia de competencias (especialmente el asunto penal; en los tránsitos de legislación se observa el gran desorden).

## 2. *Autonomía presupuestal*

Ha sido común en la América Latina la ausencia de normas que aseguren esa autonomía económica para el "Poder Judicial". Es natural que ello incide en la ineficiente dotación de jueces, funcionarios y auxiliares, así como de los medios técnicos modernos en cada despacho judicial.

## 3. *Las leyes procesales*

Aun el sistema escriturario con excesivo culto a la forma; la imprecisión práctica de los poderes-deberes de los jueces. La escuela judicial ha sido más informativa que formativa de los jueces, quienes siguen siendo excesivamente dogmáticos. Muchas formas procesales fomentan la deslealtad de las partes; se acusa al principio dispositivo para el desarrollo de los procesos, desconocimiento absoluto del principio de oficialidad probatoria; demasiada legislación para trámites especiales, inoperancia en la ejecución de las sentencias; falta de idoneidad del personal parajudicial.

## 4. *El despacho judicial en particular*

Los despachos judiciales carecen de técnicas para su organización interna. Falta distribución adecuada en la división interna del trabajo, así como formación humanística en los funcionarios y empleados judiciales.

## 5. *La asistencia letrada*

Es absolutamente ineficaz la ayuda legal a los carentes de recursos. Ha fracasado el amparo de pobreza; la curaduría ad-litem no cumple una función adecuada; los consultorios jurídicos, en muchos casos, están desnaturalizando su razón de ser en detrimento del consumidor del servicio.

## 6. *Defectuosa formación de los abogados*

Es un problema complejo. No hay planificación de necesidades; el solo título académico para ejercer la profesión es insuficiente en el actual estado de cosas.

La proliferación de facultades de Derecho y el exceso de egresados es peor aún.

Algunas conclusiones:

Las fallas del sistema de justicia se localizan en diferentes núcleos sociales que deben categorizarse para hacer posible la búsqueda de soluciones analizando *causas internas y externas*.

Debemos relevar como fenómenos externos y determinantes las tasas de crecimiento, producción, inversión, salario mínimo, analfabetismo y la inestabilidad institucional.

En definitiva la correspondencia *entre los intereses de los justiciables y las reglas de la judicatura deben ser el punto obligado de convergencia para una reforma a la justicia*; los justiciables reclaman el derecho humano a ella. El juez contemporáneo no sólo es mediador técnico sino mediador institucional de conflictos jurídicos.

No obstante lo anterior, el juez necesita de un estado de derecho real como elemento indispensable para que haya justicia y no al contrario como equivocadamente se ha dicho.

La nueva Constitución debe servir de nutriente de las nuevas leyes para que haya armonía y unidad que configuren el *principio de legalidad*. Pero éste debe guardar correspondencia con la *realidad social* en todos los órdenes: debe organizarse la administración pública para permitir la garantía de los derechos de los ciudadanos; los órganos del poder público también deben ser armónicos y eficaces para que, habiendo un Estado organizado que pueda dar a cada quien lo suyo, los jueces (con

nuevo orden jurídico, mucha preparación y una gran capacidad, amparados por óptimas condiciones jurídicas y materiales; un estatuto que garantice sus condiciones de trabajo e instrumentos idóneos para el ejercicio de sus funciones), presten el servicio de justicia que desea, porque entonces se podrá hablar de la existencia de la justicia.

Hasta el momento, para nuestro desconsuelo, la concepción del Estado de Derecho se deduce a relacionar la justicia que proclama una igualdad formal, para condiciones materiales desiguales y respeto por unas instituciones jurídicas desordenadas. Lo formal se quiere convertir en real y por lo mismo a luchar por la forma y no por el contenido. Esto se capta fácilmente en nuestras facultades de leyes, que no de Derecho, donde se imparte una educación formalista que, necesaria y fatalmente, redundará en los fallos judiciales, que ojalá para bien del Estado de Derecho se transformen, con la nueva norma constitucional, pues según ella las actuaciones judiciales serán públicas... y prevalecerá el Derecho Sustancial.

Aquí, valga la oportunidad para reclamar la transformación de los estudios de Derecho sobre la base de socialización y moralización de las facultades como instrumento idóneo en el escenario entre el poder y la realidad social. Un mal abogado es otro elemento de violación de una garantía constitucional del justiciable por labrar su indefensión.

Pero las condiciones de vida económica latinoamericana y colombiana también frustran nuestros anhelos.

A diferencia de lo que acontece en los países socialistas, subsisten muchas condiciones de atraso y de justicia social. Según las informaciones recientes, en América Latina, un 40% de la población se halla en condiciones de pobreza absoluta; el desempleo en algunos países supera el 15%. El déficit de vivienda es altísimo; el salario real es muy inferior al de hace diez años.

Las leyes que esperamos (de mercados especialmente), no corregirán esos desequilibrios y mucho menos los jueces que las apliquen. La empresa privada se mueve al impulso del egoísmo individual mientras el Estado insiste en privatizar algunas empresas que considera burocráticas, aprovechando la Iniciativa Para las Américas del mercado abierto del ex presidente Bush.

Según los economistas, existe un receso en la economía norteamericana, que ha producido un gran peso sobre la clase media, de tal manera que, según las estadísticas, el 10% más de la clase rica aumentó sus ingresos 12 veces más que el ingreso del 10% más pobre entre 1979 y 1987. El grueso del ingreso nacional se dirige a los grupos más ricos que recogen un 44,3% de éstos. Los más pobres apenas participan de un 4,6%.

Colombia hace algún tiempo elevó una protesta a EE.UU. por la decisión de su gobierno de convocarla a consulta sobre la exportación de textiles a ese país, ya que esta decisión implica someternos a cuotas restrictivas de uno de los productos colombianos de exportación más dinámicos, lo cual va en contravía de la Iniciativa para las Américas pero que posiblemente responde a la situación de receso de aquella economía.

Mientras estas condiciones continúen serán muy pocas las oportunidades que tengan en el mercado norteamericano, en tanto que las compañías multinacionales se preparan para imponer mundialmente el cambio tecnológico con una nueva estrategia laboral, para lo cual requiere una libre movilidad de recursos en todos los países y de acceso a las empresas que controla el Estado. Es esta la razón de la privatización de las empresas públicas y de la internacionalización de la Economía.

Se observa que son los intereses de las multinacionales, que no coinciden con los intereses de la clase pobre colombiana, consumidora del servicio de justicia, las que toman las decisiones estratégicas de la apertura y la privatización, lo cual tiene un alto costo social y político representado en el desempleo y la bancarrota que incidirá en la función judicial porque han aumentado los conflictos laborales, se incrementará el delito, ha fracasado la microempresa, han aumentado las ejecuciones y los desalojos.

Corolario de lo anterior es que la apertura no garantiza la igualdad que predica la Carta Constitucional con todas las consecuencias que de ellos se derivan haciendo quizá ineficaz la MISMA Acción de Tutela, que tanto entusiasmo ha despertado en las altas esferas del Gobierno.

En estas condiciones, la cláusula del Estado Social de Derecho no tendrá una realización práctica en cuanto al establecimiento de la igualdad de oportunidades y de la efectividad de la tutela jurídica por los condicionamientos producto de la dependencia económica.

El servicio de justicia no mejorará con la implementación de la Fiscalía General de la Nación, el Defensor del Pueblo, la Corte Constitucional, la Acción de Tutela, pues, por el contrario serán los instrumentos a los que muy pronto se les achacará el fracaso de la Reforma Constitucional que nos había llenado de expectativas, todo por haber desconocido, a sabiendas, los reales factores del descrédito que servían de base para humanizar el derecho y la justicia, poniendo como objetivo o eje del sistema al consumidor del mismo.

A pesar de lo dicho, adentrémonos en el tema que nos han señalado, esto es, del nuevo ordenamiento jurisdiccional.

## *NUEVO ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

### I. INTRODUCCION

1. Con el presente estudio se pretende realizar un breve análisis de los lineamientos que sobre el proceso se han establecido en el ordenamiento constitucional del país con la nueva Carta Política.

2. Ha comenzado la preocupación de los tratadistas colombianos, tanto procesalistas como constitucionalistas, para analizar la trascendencia de los preceptos de la Carta Fundamental en la regulación de las diversas instituciones procesales, en contraste con la doctrina extranjera, la que tomando en cuenta la inserción de los lineamientos esenciales de las instituciones de carácter procesal en las cartas fundamentales de la segunda posguerra, ha experimentado un gran desarrollo en los últimos años, partiendo de la conferencia realizada en la ciudad de Florencia, Italia, durante los días 5 a 9 de septiembre de 1971, organizada por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas a instancia de la UNESCO.

3. Pero con anterioridad debe destacarse el trabajo del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture en su clásico estudio, quien llamó la atención de los procesalistas latinoamericanos y europeos sobre la estrecha vinculación entre normas procesales y constitucionales.

4. En el Derecho colombiano son escasos los trabajos que se han preocupado de la influencia de las disposiciones constitucionales en el Derecho Procesal y al respecto sólo podemos mencionar el estudio del profesor Héctor Quiroga Cubillos y los redactados por el autor de estas líneas.

## II. GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

5. La zona de confluencia de las dos ramas ha diseñado dos disciplinas limitrofes, que frecuentemente se combinan en los estudios jurídicos.

6. La primera en aparecer como disciplina científica es la que puede calificarse como Derecho Procesal Constitucional, considerada la rama más joven de la ciencia del proceso y cuya paternidad se atribuye al ilustre Hans Kelsen a través de su clásico estudio publicado en 1928 en la revista francesa de Derecho Público, en el cual plantea la necesidad de establecer instrumentos procesales específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada, es decir, la Corte Constitucional, creada en la Constitución austríaca de 1920.

7. Más recientemente, después de la Segunda Guerra Mundial, se inicia la consolidación de la segunda disciplina de frontera, en el campo del Derecho Constitucional y por ello puede llamarse Derecho Constitucional Procesal, cuya creación se atribuye a Eduardo J. Couture como ya se dijo. No se trata de un juego de palabras, sino de dos sectores de la ciencia jurídica que comprende al Derecho Procesal y al Constitucional, respectivamente, pero como ambas tienen por objeto el examen desde distintas perspectivas de las garantías procesales, se entrecruzan con frecuencia; lo que implica la necesidad de una permanente colaboración entre los cultivadores de las mismas. Debe llamar la atención que Kelsen fue un eminente cultivador de la Filosofía y la teoría del Derecho, así como del Derecho Público, y que Couture trazó los fundamentos de la rama Constitucional y fue un destacado procesalista.

8. Fueron estas las razones para que en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en Ciudad de Méjico durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobara como la primera de sus conclusiones la siguiente recomendación: "Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que comprende las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial".

9. En cuanto respecta al *Derecho Constitucional Procesal* su enfoque es diverso por cuanto examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del Derecho Constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, como la colombiana de 1991, han elevado a la categoría de *normas o derechos fundamentales* varias instituciones de carácter procesal, y si bien es cierto que con anterioridad alguna de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.

### III. SECTORES QUE INTEGRAN ESTA DISCIPLINA

10. Ahora debemos establecer su contenido, tomando en consideración, de una parte, su carácter de frontera, y por otra, la naturaleza inicial de los estudios específicos sobre la misma, lo que de suyo implica el enfoque provisional de una rama del conocimiento jurídico en formación.

Señalemos, entonces, cuatro sectores esenciales de esta disciplina: Jurisdicción; garantías judiciales; garantías de las partes; formalidades esenciales del procedimiento.

#### A) *La jurisdicción*

Afirmó Niceto Alcalá que no se sabe con precisión su encuadramiento en el Derecho Constitucional o en el Procesal en virtud de que esta institución debe ser analizada desde dos ángulos, partiendo del concepto constitucionalista según el cual la constitución es una de las tres funciones del Estado y que para el procesalista es la actividad del Estado que imparte la función jurisdiccional a través del proceso.

Los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista estático; los procesalistas desde el punto de vista dinámico, tomando en cuenta su correlación con el proceso.

11. Con el nuevo sistema constitucional colombiano se ha creado, además, la Corte Constitucional.

En Méjico, al decir de Héctor Fix Samudio, gran procesalista azteca, con apoyo en la misma Constitución Federal de 1857, Art. 14, párrafos 3º y 4º, cuando un juez aplique incorrectamente una ley ordinaria en un proceso de su competencia, infringe el citado artículo constitucional y procede juicio de amparo contra dicha resolución, de manera que en la actualidad todas las sentencias y resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país cuando adquieren carácter definitivo, pueden impugnarse ante los tribunales federales en su último grado, lo que ha hecho afirmar a algunos autores que el juicio de amparo se ha transformado en un recurso de Casación Federal, aun cuando no se invoque para combatirla una cuestión estricta de inconstitucionalidad o una contradicción con las normas federales o los tratados internacionales, en los términos del artículo 133 de la misma carta fundamental.

12. Esta centralización obedece al principio de la jurisprudencia obligatoria, en cierta medida similar al sistema del STARE DECISIS angloamericano, en virtud de que, cuando la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas especializadas por materia (penal, administrativa, civil, mercantil y laboral) reitera un criterio en cinco resoluciones no interrumpidas por otra en contrario, es obligatorio para todos los tribunales del país. En Colombia, el Art. 230 de la C. N. señala que los jueces, en sus procedimientos, sólo están remitidos al imperio de la Ley y que "...La equidad, la Jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial".

12 A. En Colombia, se ha introducido como parte del nuevo Derecho Procesal Constitucional la llamada Acción de Tutela.

Creemos que es evidente que el ordenamiento jurídico debe regular procesos que permitan una eficaz tutela de los derechos fundamentales, pero lo que nos parece cuestionable es que se necesite de "procesos" especiales con esa finalidad específica.

Si es que el ciudadano puede obtener la tutela de sus derechos fundamentales a través de los distintos procesos civiles, penales, administrativos y laborales; y mucho menos que de ella conozca la Corte Constitucional "para su eventual revisión"

Si ante la lesión de un derecho o libertad fundamental por un órgano administrativo, el administrado puede obtener plena satisfacción de la pretensión deducida con tal motivo ante la jurisdicción contencioso-administrativa como lo señala el Art. 238 constitucional.

En España, quizá uno de los antecedentes inmediatos de la nueva regulación, se expidió la Ley 62 de 1978, del 26 de diciembre, dada la situación de sobrecarga de los tribunales con el mismo criterio de darles carácter urgente y preferente en los términos más absolutos, con lo que, al anteponer su tramitación a la de los demás que penden ante el mismo tribunal, se agravó el problema de éstos. En otras palabras, se resuelve el problema para determinados asuntos, a costa de empeorar la situación cuando la pretensión se deduzca en las demás.

En nuestro criterio, en Colombia, los jueces de primera, segunda instancia y casación, bien podrán resolver todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de la Constitución, pensando siempre que el proceso es Derecho Constitucional en actividad, lo cual debe ser estudiado con prioridad.

La importancia traída de México en relación con el "amparo", será dañina en la medida que se cuestione la cosa juzgada especialmente cuando recaiga sobre sentencias proferidas por las máximas corporaciones de justicia, como en diferentes foros se ha sostenido, "dicen algunos, pero la experiencia ha demostrado su conveniencia".

No obstante lo dicho, creemos que al trámite de Tutela se le debe dar un tratamiento parecido al Interdicto de Despojo. En efecto, así como la ley ha visto en la posesión un hecho respetable que ante su despojo sufre el orden público y la seguridad de los individuos, también la Constitución lo prevé frente a los Derechos Fundamentales, para que los efectos de la "Acción" sean la retribución de la garantía violada, por lo cual su trámite debe ser libre de cualquier forma de proceso, pues ante todo es un procedimiento cautelar inmediato.

Los jueces, por tal razón, respecto de sus actuaciones deben ser cuidadosos de la protección de las garantías constitucionales porque su omisión no exonera al Estado de la responsabilidad prevista en la misma carta y en la Ley.

#### *B) La protección jurisdiccional de los intereses difusos o colectivos*

12. La doctrina sobre estos intereses, de moda en los últimos veinte años, en el Derecho Comparado, no había sido tratada en la Constitución colombiana, aunque ya existen estudios monográficos sobre el tema. (Derecho Procesal Moderno. Instituto Panamericano U. Pontificia Bolivariana. I Ed. 1988).

Los intereses difusos se presentan con una carga política que afecta la propia juridicidad del concepto, con pretensiones renovadoras dirigida a romper viejos esquemas del Derecho Procesal, anclado en concepciones acerca de la legitimación, cosa juzgada y, en general, eficacia de la sentencia, vinculadas a filosofías que se inspiran en la supervivencia del "Ordo Iudiciarum Privatorum" pero los intereses difusos no son un tema procesal exclusivamente; radica su importancia en la intromisión que efectúan dentro del concepto mismo de disponibilidad jurídica. De aquí también los riesgos y peligros que comparte el manejo de esta doctrina para quienes no tengan sólida formación jurídica y no sepan distinguir entre lo colectivo y lo personal como última referencia de fines.



En el Encuentro Panamericano de Derecho Procesal (Medellín, noviembre, 1987), tuvimos oportunidad de debatir el tema, sin olvidar el entorno socio-político de los intereses difusos, teniendo presente que lo primero es la persona, luego la sociedad y finalmente el Estado.

"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos 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" (expresa el Art. 88 Constitucional).

La ley tendrá que definir el concepto "Patrimonio Público" y, como consecuencia, abarcar los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico o turístico; el fenómeno de la legitimación para obrar debe tener en cuenta que cuando los actos violatorios brotan de la administración pública de una empresa poderosa, se asemeja a la lucha de un gigante contra un enano, por costos, complejidad del asunto, carencia de conocimientos técnicos, fuerza política y económica de los adversarios.

La responsabilidad por los daños causados no sólo implica la condena al causante del mismo sino imponer, en su caso, el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, permitiendo la cautela para prevenir el daño al ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, teniendo en cuenta en estos casos la ejecución de la medida es capaz de producir un perjuicio insoportable a otro interés colectivo.

Deben crearse asociaciones civiles para la defensa de los mismos. La Constitución ha señalado al Procurador como defensor de los Intereses Colectivos, en especial el ambiente y al Defensor del Pueblo lo ha *legitimado* para interponer las acciones populares en asunto relacionado con los derechos humanos.

Fenómeno especial lo constituyen los efectos de la cosa juzgada en este tipo de proceso, los que, como en el derecho comparado se ha examinado, serán *ultra partes*.

### C) Las garantías judiciales

13. Son el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen, además, un doble enfoque, pues al tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, de acuerdo con lo establecido por el Art. 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1966, y el Art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Establecen en esencia, el *derecho fundamental* de todo gobernado de ser oído públicamente y con las debidas garantías por un *tribunal competente, independiente e imparcial*.

Entre las garantías judiciales se destacan, como de mayor importancia, los instrumentos relativos a la elección y designación de los jueces; la estabilidad de los miembros de la judicatura; así como la remuneración y la responsabilidad de los propios juzgadores.

#### 14. a) Selección y Designación

El Art. 125 de la nueva Constitución indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de *Carrera*, mientras el 256.1 al referirse a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, le atribuye la de administrar la *Carrera Judicial*,

atendiendo la creciente complejidad técnica de las controversias judiciales. La *escuela judicial* debe propender por la realización de estudios de posgrado de carácter especializado como un requisito de ingreso y de perfeccionamiento de los funcionarios judiciales, como sucede en España y Francia. Así, Colombia ingresa constitucionalmente a lo que fue reclamado en varios congresos jurídicos.

Por lo que se refiere a la designación de los jueces, el Art. 256.2 de la C. N. señala que el Consejo Superior de la Judicatura elaborará las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla, exceptuando la jurisdicción militar. Por su lado el Art. 231 señala: "Los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura", pero el Art. 239 enseña que los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República de ternas que le presente el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

No obstante, el Art. 22 transitorio previó que la primera Corte Constitucional estará integrada por siete magistrados que serán designados para un período de un año, así: Dos por el Presidente de la República; uno por la Corte Suprema de Justicia; uno por el Consejo de Estado y uno por el Procurador General de la Nación. Los magistrados así elegidos designarán los dos restantes, de ternas que presentará el Presidente de la República.

Este cordón umbilical del Ejecutivo y el Legislativo constituye, a nuestro juicio, un retroceso frente a la independencia judicial. La desconfianza en los jueces, especialmente en materia penal, como consecuencia del terrorismo desatado por diferentes estamentos, ha sido determinante para considerar la necesidad de ese tipo de control sobre los jueces: Este factor, por sí mismo, no parece garantizar esa independencia y la autonomía que predica el artículo 228 Constitucional.

14. A. Capítulo aparte merece la creación de la Fiscalía General de la Nación. Dentro del mismo Título VIII, de la Rama Judicial, pero en el capítulo 6, Art. 249 se enseña que la Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la Ley.

El Fiscal será elegido por la Honorable Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República, hará parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Se trata de un organismo creado para *investigar los delitos y acusar* a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, con facultades para *asegurar la comparecencia* de los presuntos infractores, adoptando las medidas de aseguramiento, tomando las necesarias *para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito*, con competencia en todo el país, dirigirá y coordinará la Policía Judicial y suministrará al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público. Con ello se cree que se ha obtenido un elemento indispensable para preservar el orden, combatir el crimen y restablecer la confianza ciudadana, según los términos del señor Ministro de Gobierno, quien además afirma: "No debemos olvidar lo que indicara Roscoe Pound al afirmar que al sistema de justicia criminal no debe olvidarse más de lo que puede dar, pues sus instituciones no pueden soportar todo el peso del control social... Por eso es indispensable un intenso proceso de educación que incluye el respeto a la ley acabando con la característica latina de convivir con las normas violadas".

Por nuestra parte, no defendemos el conservadurismo legal frente al constante devenir histórico y social que hace que muchas leyes nazcan muertas y desnaturalizadas, pero sí creemos que sin semejante aparato burocrático se hubiese podido implantar el sistema, buscando, como es el propósito de este trabajo, un cambio de mentalidad, humanizada en el Derecho y la justicia.

Las circunstancias reales del llamado Estado de Derecho y la realidad social, serán un obstáculo más grave que la falta de cultura por el respeto a la ley. En fin, la institución responde a un nuevo acto de desconfianza hacia los jueces. De ahí que el Fiscal deba suministrar al Gobierno la información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público. ¿Cómo?, seguramente la ley lo dirá. Lo cierto del caso es que, en México (de donde se tomó el modelo, también) la Fiscalía es la institución más desprestigiada, aunque allí el Fiscal depende directamente del Ejecutivo como aquí se pretendía con el proyecto original.

15.b). *Remuneración*. Uno de los aspectos más débiles de todos los sistemas jurídicos de organización judicial, y con mayor razón en Latinoamérica, es este, puesto que generalmente los jueces y magistrados reciben remuneraciones proporcionalmente inferiores a las de los funcionarios administrativos o de los cuerpos legislativos, tomando en cuenta que, por regla general, el porcentaje de presupuesto que se dedica al Poder Judicial suele ser menor al asignado a los otros dos órganos del poder político del Estado. Esta ha sido la realidad de nuestro ordenamiento hasta hace muy poco. En varios congresos académicos se ha propuesto asignar al poder judicial un porcentaje del presupuesto siguiendo el ejemplo de la Constitución de Costa Rica, cuyo artículo 177 asigna al poder judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, señalados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico. En época más reciente el Art. 238 de la Constitución del Perú, expedida en 1979, fija un porcentaje mínimo del dos por ciento para el organismo judicial y el Art. 62 del acto Legislativo N° 1 de 1979, en Colombia, estableció como mínimo el 10% del presupuesto. Esto nos indica una tendencia a constitucionalizar el monto del ingreso para la Justicia.

El Art. 256.5 de la C. N. autoriza al C. S. J. para elaborar el proyecto de presupuesto de la rama y ejecutarlo de acuerdo con la aprobación que haga el congreso.

16. a) *Responsabilidad*. La responsabilidad judicial puede entenderse, en estricto sentido, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones. Debido a la índole de este breve trabajo, nos referimos al tema así:

17. En la Constitución colombiana se contempla el principio general de que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

El código procesal civil regula la responsabilidad civil, el penal las sanciones de esta índole y el estatuto de carrera judicial el régimen disciplinario.

Examinemos sucintamente estas tres categorías de la responsabilidad judicial: a) Civil o patrimonial; b) disciplinaria y c) la de carácter penal.

18. a) La responsabilidad civil o patrimonial está regulada por el código de procedimiento civil a través del proceso ordinario que puede seguir la parte afectada con la infracción de las leyes realizadas por los jueces, o cuando incurran en error inexcusable, dolo, fraude o abuso de autoridad; cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto (Art. 40).

A nuestro juicio, este sistema tiene escasa aplicación práctica, porque además de las dificultades para probar el dolo, el fraude o el abuso, aun cuando el afectado obtenga una sentencia favorable, es problemático hacer efectivo el pago de los daños en el patrimonio (que suele ser exiguo, por la remuneración insuficiente), del juez considerado responsable. Esta responsabilidad personal ha sido sustituida en los ordenamientos constitucionales contemporáneos por la responsabilidad objetiva y directa del Estado en la defectuosa prestación del servicio jurisdiccional, pudiendo citarse como ejemplo, el Art. 121 de la Constitución española de diciembre de 1978, según el cual: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización, a cargo del Estado, conforme a la Ley".

Por último la ley 270/96 "Estatutaria de la Administración de Justicia", reglamentó esta responsabilidad.

Como se observa, Colombia ingresa dentro de tales ordenamientos como una manifestación de Estado democrático.

19. b) *La responsabilidad disciplinaria.* El decreto 250 de 1970 (Art. 73 y s.s.). Se señalan deberes generales de los empleados de la rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, tales como el observar en todo tiempo y lugar irreprochable conducta pública y privada, residir en la sede de su cargo, guardar reserva acerca de las decisiones que deban tomarse, cumplir con los deberes que señalan en el código de procedimiento. Por su parte el decreto reglamentario 1660/78 (Arts. 158 y 159) señala los deberes generales.

Ultimamente la ley 200/95 (Código único disciplinario) establece el poder disciplinario presente en cabeza del M.P.

20. c) La responsabilidad penal, por los delitos cometidos por los funcionarios judiciales, está regulada en los Arts. 140, 141, 142, 143, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, entre otros.

#### D) *Las garantías de las partes*

21. Son aquellas que tienen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional, y cuyos lineamientos esenciales se han considerado en la Carta Constitucional, puesto que tales derechos como los relativos a la acción procesal y el Debido Proceso Legal o Derecho de Audiencia, se han considerado como derechos fundamentales de la persona en lo que se refiere al proceso penal que ha sido el aspecto más sensible del Derecho Constitucional Procesal, y además, en todos los campos han sido recogidos por los pactos internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país y los que, rectificadas por el Congreso, prevalecen en el orden interno como lo señala el Art. 93 de la C. N.

22. En el ordenamiento constitucional colombiano siempre se han considerado los aspectos esenciales de los derechos de los justiciables, especialmente el campo del proceso penal, pero para no hacer referencias históricas, que sería largo enumerar, nos referimos de manera exclusiva al derecho vigente, es decir, el establecido por la

Carta del 5 de junio de 1991. En el texto de esta Constitución encontramos de manera escueta el Derecho de acción en el art. 229; el derecho de audiencia en el Art. 29, precepto que también hace referencia a las formalidades esenciales del procedimiento y de manera específica los artículos 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, y 36 de la misma ley fundamental, en relación con los acusados en el proceso penal.

23. a) El derecho de acción procesal está regulado por el Art. 229 constitucional, en cuanto dicho precepto indica que: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

El Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Cíviles y Políticos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, establecen los lineamientos del juez independiente e imparcial y regulan el Derecho de Acción de acuerdo con los principios del procesalismo científico contemporáneo.

24. La doctrina colombiana ha señalado que el Derecho de Acción consagrado por el citado artículo debe entenderse de acuerdo con la proyección social que le otorgan los ordenamientos de nuestra época, por lo que debe considerársele no sólo como un derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, es decir, como un derecho formal, sino como un verdadero derecho a la justicia, que implica un acceso real de los justiciables a la propia jurisdicción, lo que hace pensar en la necesidad de excluir cobro de costas ad-inicio para poder intervenir como partes en una controversia, como sucede en algunos procesos administrativos y civiles.

En relación con el punto de las costas judiciales, en el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal que se efectuó en la ciudad de Cuernavaca en el mes de abril de 1969 y en el que se discutió ampliamente el tema de la "Onerosidad de los Juicios" se aprobaron dos conclusiones que son significativas para nuestro ordenamiento: "El principio de la gratuidad de la justicia, tan debatido en otras épocas con argumentos de tipo político más que jurídico, es una cuestión ya superada en la actualidad, por lo que quedó relegada a una aspiración puramente ideal, que no parece realizable en la práctica"; "la onerosidad del presupuesto financiero del proceso no puede ser prácticamente eliminada; frente al derecho a la Tutela Jurídica (Acción como derecho subjetivo público frente al Estado), la prestación de la actividad jurisdiccional es siempre onerosa".

El segundo aspecto del sistema constitucional colombiano en la materia procesal se refiere a que los justiciables deben comparecer en el proceso con asesoramiento técnico de abogados, de tal manera que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de aquéllos. En lo penal, el sindicado tiene derecho a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio.

Esta situación está vinculada con la de la onerosidad del proceso, si se toma en consideración que la complejidad crecientemente técnica de las controversias jurídicas requiere el asesoramiento de juristas para que las partes puedan actuar en juicio, lo que constituye un gasto procesal importante, y también de manera teórica los justiciables de escasos recursos pueden contar con el auxilio de Defensores Públicos, sistema que se *está abandonando con la mayoría de los ordenamientos contemporáneos*, pero que en el nuestro se mira como novedad.

25. En esta materia, el ordenamiento colombiano establece que las personas que carecen de medios económicos para acudir a un abogado particular puedan solicitar el "amparo de pobreza" el cual se halla regulado en el Código Procesal Civil.

Para efectos penales, el Art. 282 Constitucional autoriza al Defensor del Pueblo para organizar y dirigir la *defensoría pública en los términos que la ley señale*.

26. En materia de menores, en 1989, del Código del Menor creó la institución Defensor de Familia, que depende del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para prestar asesoría en todos aquellos casos en que un menor se halle en *situación irregular* consagradas en el decreto 2737 de Nov. 27/89.

27. Se advierte en el ordenamiento colombiano la importancia de los consultorios jurídicos y las oficinas jurídicas de seguridad social que no se limiten a la defensa procesal, sino que presten una asesoría general para todos los problemas jurídicos de los solicitantes, etc.

28. Creemos que es necesaria la Procuraduría de Protección al Consumidor, para proporcionar asesoría jurídica gratuita a todas las personas que resulten afectadas con la defectuosa prestación de bienes y servicios por parte de los proveedores respectivos.

Sin embargo, últimamente se creó la Superintendencia de Servicios Públicos.

29. b) *El derecho de defensa* está regulado por el Art. 29 constitucional y se le conoce también como "derecho de garantía de audiencia" y corresponde al concepto angloamericano del Debido Proceso Legal (due process of law) en cuanto dicho precepto dispone aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas aquello de 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 del juicio.

Relaciónase esta disposición con el artículo 116, párrafo tercero constitucional según el cual: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni de juzgar delitos".

#### E) *Las formalidades esenciales del procedimiento*

30. Esta institución se ha regulado por el Art. constitucional, como un elemento fundamental del derecho de defensa o garantía de audiencia de los justiciables, que otorga a esta última un contenido concreto, en virtud de que por mandato de dicho precepto fundamental, las leyes y códigos procesales deben consagrar los principios formativos del procedimiento judicial que sean adecuados para que las partes tengan la posibilidad real de lograr una decisión justa de la controversia planteada.

31. Por otra parte, las citadas formalidades están vinculadas de manera indispensable con las garantías de las propias partes, es decir, con los derechos de "Acción y de Contradicción, puesto que, como proclama el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Principios desarrollados por los Art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y 8º de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que forman parte de nuestro derecho interno.

32. Dichas formalidades se establecen de manera específica en los Arts. 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, y 36 constitucionales, como derechos del sindicado o del procesado que consagran derecho a ser puesto a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes a la detención preventiva; a presumir su inocencia mientras no se le haya declarado judicialmente culpable; a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria; a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; a la prueba lícita; al Habeas Corpus; a no hacerse más gravosa la situación al condenado que es apelante único; a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; a no ser condenado con la pena de destierro, prisión perpetua y confiscación; a no ser extraditado (si es colombiano por nacimiento o extranjero enjuiciado por delitos políticos o de opinión)

33. En las restantes materias procesales, es decir, civil, administrativa, laboral y constitucional, el mismo Art. 29, al señalar que el Debido Proceso se aplicará a *toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*. Entre las infracciones que se pueden presentar se encuentra la de dar a la demanda un trámite por proceso diferente al que corresponde; no notificar en legal forma al demandado, a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo; omitir los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas; desechar los recursos por falta de formalidades, etc.

34. Pero además de estos principios del procedimiento que tienen un carácter tradicional, se advierte en el nuevo ordenamiento colombiano la regulación muy restringida de dos de los aspectos que consideramos esenciales en el proceso contemporáneo: a) por una parte la tramitación concentrada y oral del proceso, y b) por la otra, la igualdad real de las partes en el proceso, en virtud de que hasta el momento el procedimiento sigue siendo esencialmente escrito y dispositivo.

34. A) De manera expresa el Art. 228 constitucional señala que "la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establece la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencias y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

En otras palabras, se dispone que la justicia debe ser rápida y expedita, lo cual está muy lejos de cumplirse en la práctica, en virtud del rezago considerable que padecen la mayoría de los despachos del país.

No existe, sin embargo, ninguna norma que incorpore al Art. 8º de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que establece la exigencia de que el proceso se realice dentro de un plazo razonable.

Este aspecto esencial relativo al plazo razonable para la resolución de las controversias judiciales, ha sido regulado por el Art. 24 de la Constitución española de 1978, en cuanto dicho precepto establece los lineamientos de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos, es decir, lo que se puede calificar como derecho constitucional de acción procesal.

El Art. 29 constitucional colombiano al señalar que quien sea sindicado tiene derecho a un debido *proceso público sin dilaciones injustificadas*, está señalando un elemento material de celeridad, requisito sobre el cual debe descansar todo proceso, así no sea penal. Sobre este tema se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional español, destacando en su sentencia del 13 de abril de 1983 que "Desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicialmente efectiva". En Colombia, con respecto al punto, no ha habido *Acción de Tutela que valga*.

Además del problema de rezago que hemos mencionado, otro de los factores de la lentitud procesal en el ordenamiento colombiano se debe al predominio de la escritura sobre la oralidad en la tramitación de los distintos procesos, pues si bien el legislador ha intentado restringir esta situación, sus esfuerzos no han encontrado resultados satisfactorios, si se toma en cuenta que la reforma de 1989 especialmente en materia procesal civil, intentó introducir una dosis muy moderada de oralidad con la audiencia de conciliación, pero ni los jueces ni los abogados estaban preparados para el cambio.

34. B) El otro sector se refiere a la igualdad real de las partes en el proceso contemporáneo que supere el sistema tradicional de la simple igualdad formal que todavía impera en el proceso civil y laboral colombianos. Este principio renovador se introduce en el proceso laboral por medio de una serie de ventajas procesales que tienen el propósito de equilibrar la situación de debilidad de la parte trabajadora, especialmente a través de la introducción del principio in Dubio Pro Operario que, a nuestro juicio, significa la inversión de la carga de la prueba, pero también estableciendo la primacía de la *realidad* sobre las *formalidades* establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que se extiende al campo judicial autorizando al juzgador para corregir los errores y deficiencias del mismo trabajador en las diversas instancias procesales, en virtud del principio *lura Novit Curia*.

Esta tendencia ya se había extendido en el Derecho Procesal mexicano, pero sin disposiciones constitucionales expresas.

35. Por lo que se refiere a la *audiencia de conciliación*, como instrumento de depuración del proceso, es preciso destacar que la Reforma de 1989, en materia civil, recogió el aporte contemporáneo tanto de la doctrina como de las legislaciones que desde hace tiempo han consagrado el saneamiento procesal, entre los cuales puede mencionarse los sistemas de Pretrial angloamericano; la audiencia preliminar introducida en la Ordenanza procesal civil austriaca de 1985, así como el despacho saneador de los derechos de Portugal y Brasil, este último perfeccionado por el Código Procesal que entró a regir en enero de 1974. Es preciso hacer el reparo de la falta de preparación para hacer de ella un procedimiento técnico y dinámico que no debe confiarse a jueces impreparados, sino a funcionarios ojalá especializados por la Escuela Judicial.

36. Además de la depuración procesal que debe efectuarse en la mencionada audiencia, el Art. 228 constitucional reclama que en las actuaciones judiciales prevalezca el derecho sustancial, lo cual, a nuestro juicio, faculta a los jueces, como otro aspecto específico del Principio *lura Novit Curia*, que se releva con la denominada Acción de Tutela prevista por el Artículo 86 *Ibidem*. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional (Sent. T. 329/96) sobre filiación extramatrimonial.



Los presupuestos procesales rígidamente señalados para las demandas (incluyendo la de Casación, recursos, incidentes, etc, deben ser atemperados para desmontar la orientación exageradamente dispositiva y tradicional que aún consagran nuestros códigos. Desmontar la exigencia de la proposición jurídica completa es una exigencia constitucional.

37. Afortunadamente este anacrónico sistema recibió sepultura con la Reforma de 1989, parcialmente, cuando se impuso la tesis del saneamiento de los presupuestos procesales, aunque desafortunadamente aún no ha sido asimilado suficientemente por jueces y abogados. La deficiencia en la asistencia letrada, por la impreparación de los profesionales del Derecho es común cuando se considera que los justiciables por su situación social, económica y cultural, no pueden contar con un asesoramiento adecuado.

38. Se hace necesario un instrumento parecido a la figura de la Suplencia de Queja del derecho mexicano con tales propósitos. Así, desde un punto de vista genérico, se autoriza a los tribunales puedan corregir los errores y las deficiencias en que incurran los reclamantes cuando se considera que por su condición social, económica y cultural no pueden contar con un asesoramiento adecuado, especialmente en materia laboral, en beneficio del trabajador y, social agraria, en las que intervienen como partes los campesinos, pues éstos se encuentran en situación aún más desfavorable que los trabajadores urbanos en cuanto el asesoramiento jurídico.

39. Algo parecido sucedió en México con la Ley de Amparo reformada en 1976. En este sector, la Suplencia de Queja obligatoria para el juzgador se refiere no sólo a la corrección de errores o defectos en las diferentes instancias procesales promovidas por los campesinos, sino también se extiende a la presentación oficiosa por el juez del "amparo", de las pruebas que no hubiesen aportado las partes y que se consideren necesarias para comprobar la veracidad de las afirmaciones de las mismas partes. Algo parecido debe suceder con los procesos de familia.

40. Se llegó a una reforma constitucional en México, hacia la generalización del *lura Novit Curia*, al punto de haberse dispuesto que las autoridades que conozcan el Juicio de Amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como de los agravios formulados en los recursos que la ley establezca en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaratorias inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; en materia penal se extiende aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravio del procesado; en materia agraria, con respecto a las exposiciones, comparecencia, alegatos en beneficio de los campesinos; en materia laboral no sólo en favor del trabajador; también en beneficio de los menores de edad o incapacitados; y finalmente, en otras materias, cuando se advierte que ha ido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta que lo haya dejado sin defensa.

## V. CONCLUSIONES

41. De las breves reflexiones anteriores podemos sacar las siguientes conclusiones:

42. PRIMERA. Aunque las constituciones clásicas consagraron algunas categorías procesales, especialmente a las relativas a la organización y competencia de los

tribunales así como de los derechos de los justiciables, predominantemente en el proceso penal, el estudio sistemático de las disposiciones fundamentales sobre las instituciones de carácter procesal es relativamente nuevo dando origen a una nueva disciplina en el campo del Derecho constitucional. Esta es la nueva óptica del Ordenamiento colombiano.

43. SEGUNDA. Los estudios científicos derivados de la confluencia de las normas constitucionales y procesales han configurado dos nuevas disciplinas, una dentro del campo de la ciencia del proceso, que podemos denominar *Derecho Procesal Constitucional* cuyo promotor es el gran jurista vienés Hans Kelsen, y que analiza las instituciones instrumentales de carácter jurídico para la tutela de las normas constitucionales (Acción de Inconstitucionalidad. Excepción de Inconstitucionalidad. Acción de Tutela. Acción de Nulidad de los actos administrativos); y una segunda que podemos denominar *Derecho Constitucional Procesal*, cuyo ámbito de estudio se refiere a las disposiciones fundamentales que establecen los lineamientos de las instituciones de carácter procesal, derivadas de la función jurisdiccional (Art. 28 a 36, 116, 228 a 257) (Disposiciones generales, jurisdicciones ordinaria, contenciosa, constitucional, especiales (indígenas), jueces de Paz); Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio Público, Defensor del Pueblo (275 a 284). Se considera que el fundador de esta nueva rama del Derecho científico es el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien señaló con gran profundidad las relaciones entre la Constitución y el Proceso.

44. TERCERA. El Derecho Procesal, que virtualmente consagra la nueva "carta de navegación", puede dividirse en varios aspectos, entre los cuales destaca los principios establecidos por los derechos fundamentales en relación con la función jurisdiccional; las garantías de carácter judicial, las garantías de las partes y finalmente, las que se han denominado formalidades esenciales del procedimiento.

45. CUARTA. La jurisdicción puede examinarse desde dos ángulos: desde el punto de vista estático como una de las funciones esenciales del poder del Estado, y en segundo término, en su aspecto dinámico, como el ejercicio de tal función a través del proceso. En estas dos dimensiones se observa la íntima relación entre los estudios constitucionales y los de carácter procesal.

En relación con el Derecho colombiano podemos decir que existe una jurisdicción con ramas especializadas, cada una de las cuales debe desarrollar una norma constitucional como mínimo, a través de una norma sustantiva, por lo que debe ser celosamente garantizada en toda la actuación y fundamentalmente en la sentencia.

46. QUINTA. Al lado de este control existirá el relativo a la "Acción de Tutela" para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando quiera que aquellos resulten vulnerados o amenazados, cuando el afectado no disponga de recursos dentro del mismo proceso, salvo que se utilice provisionalmente para evitar un perjuicio irremediable.

Por la razón anotada en la conclusión cuarta y porque *El Estado de Derecho debe descansar* sobre la seguridad que dan los jueces, como últimos defensores de la Constitución y de la democracia, a través de la Cosa Juzgada, creemos conveniente extenderlas a las sentencias, por razón de las experiencias vividas.

Con ello se provocará una subordinación de todos los tribunales, Corte Suprema y Consejo de Estado, a la *Corte Constitucional* que no ha señalado la Constitución, como no debía hacerlo, pues entonces, la ACCION DE TUTELA se constituirá en la

última instancia de todos los procesos y de todas las materias, por seguir, sin *beneficio de inventario*, el sistema mexicano del amparo. Para evitar esa injerencia, los jueces deben ser cuidadosos de la tutela de las garantías en cada proceso que conozcan porque su responsabilidad ha aumentado.

47. SEXTA. En cuanto a las llamadas garantías judiciales, están formados por los instrumentos establecidos por la Constitución para lograr la independencia e imparcialidad del juzgador, desafortunadamente recordadas como se expuso. En esencia consiste en el sistema de selección; estabilidad, remuneración y responsabilidad, en sus tres aspectos; patrimonial, administrativa y penal. Las nuevas normas, a nuestro juicio, no son satisfactorias para el mejoramiento del servicio. Un juez imprevisto es una violación a la garantía constitucional.

Invocamos que, a pesar de lo dicho, se luche por el rescate de la independencia de los jueces y se persiga una preparación y una selección rigurosa de quienes, en este mundo cambiante y convulsionado deben resolver controversias crecientemente técnicas y complejas.

En esta tarea deben empeñarse las facultades de Derecho y la Escuela Judicial.

48. SEPTIMA. Las garantías de las partes están dirigidas a lograr para los justiciables un verdadero acceso a la prestación jurisdiccional como lo expresa el Art. 229 constitucional, es decir, una participación equilibrada, no exclusivamente formal, dentro del procedimiento, finalmente el derecho a una resolución no sólo legal sino ajustada a la Constitución.

49. OCTAVA. Los derechos de Acción y Contradicción deben entenderse no como simples garantías de carácter formal para solicitar y obtener la prestación jurisdiccional sino como derecho a la justicia, para lo cual también se requiere de instrumentos de seguridad social a fin de que los justiciables de escasos recursos o de ingresos medios puedan contar con un asesoramiento técnico adecuado y el financiamiento necesario para cubrir los gastos procesales. En esta dirección ya no son suficientes los medios tradicionales del Derecho colombiano que se apoya en los defensores de oficio o los defensores públicos.

50. NOVENA. Las formalidades esenciales del procedimiento están contenidas en los artículos 28 a 36, de manera específica para el proceso penal, salvo el párrafo 1 del Art. 29 que se refiere al Debido Proceso para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Estas formalidades se traducen en los llamados principios formativos del procedimiento, a través de los cuales los justiciables tienen posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus derechos y cuando las mismas son infringidas por el juzgador, se consideran como violaciones procesales que producen indefensión de la parte afectada, y por ello están estrechamente ligadas con el Derecho de Audiencia o de Defensa. La Ley de Tutela tiende a regular estos aspectos para el proceso en general como desarrollo del Art. 86.

54. DECIMA. De las citadas formalidades esenciales de procedimiento debemos destacar dos aspectos generales: *la tramitación concentrada y oral y la Igualdad real de las partes en el proceso*. En el primer aspecto, el proceso colombiano adolece, salvo excepciones, de un procedimiento lento y desesperante escrito, no obstante los esfuerzos que se han hecho para introducir una dosis moderada y razonable de oralidad. En este tienen mucho que ver, por igual, jueces y abogados litigantes. Por

lo que respecta a la igualdad real de los justiciables, predomina todavía el equilibrio puramente formal en el proceso civil, laboral y administrativo.

Se advierte una evolución hacia la tutela de la parte débil en el proceso penal y familiar.

52. UNDECIMA. Por razón de la norma según la cual las actuaciones judiciales serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas *prevalecerá el Derecho Sustancial*, deben redactarse nuevas disposiciones en materia laboral para que los defectos en los presupuestos procesales se permitan corregir por parte del juez por falta de asesoramiento técnico-jurídico, lo mismo que en materia agraria, en legislación de familia, porque por encima está una norma constitucional que hay que amparar y un derecho sustancial que salvaguardar.

53. DUODECIMA. Como en lo laboral existe una verdadera desigualdad entre las partes, el proceso laboral debe inspirarse en la idea de corregirla a través de la igualdad por compensación de la siguiente o parecida manera:

- a) A través de la aplicación de las reglas *In Dubio Pro Operario*; de la ley más favorable y de la condición más beneficiosa.
- b) A través de la redistribución de la carga de la prueba.
- c) Debe desaparecer el principio "*Momen Judex Sine Actore*".

54. DECIMA TERCERA. La carga de la prueba en los procesos laborales debe recaer sobre el empleador para acreditar que cumplió y al trabajador para acreditar la existencia de la relación laboral, exigiendo a aquél en forma obligatoria la entrega de copia del contrato al trabajador con la exigencia del registro oficial de tal vínculo o de lo contrario deben obrar las presunciones a favor del trabajador.

Como consecuencia de lo anterior, deben desaparecer los formalismos para *demandar*.

58. ULTIMA CONCLUSION Y COLOFON. Por fin, y a manera de COLOFON, digamos que no hemos salido de una guerra desastrosa y pretendemos retornar a los principios del garantismo constitucional como a un ancla para precavernos de semejantes borrascas. Como primer paso se ha adoptado la nueva Constitución y se ha atribuido *status constitucional* a algunos ideales de administración de justicia, como el del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA con una especial composición para adelantar las investigaciones disciplinarias contra los jueces; la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, con un origen *sui generis* y un poder omnímodo en la investigación de los delitos; UNA CORTE CONSTITUCIONAL, con una heterocomposición en la que intervienen todas las ramas del poder, etc. No es dudoso que los precedentes extranjerizantes han influido determinadamente más que la propia idiosincrasia del pueblo colombiano y sus necesidades reales.

Pero quizá es más importante el influjo de la nueva Carta sobre la sicología de los jueces colombianos y de la sociedad en general. No podemos pasar por inadvertido que si bien los jueces colombianos no tienen por su cuenta el poder de controlar la legitimidad constitucional de las leyes, sí pueden desaplicarlas si son inconstitucionales por lo cual tienen el PODER-DEBER de examinar la cuestión constitucional so pena de ser objeto de la ACCION DE TUTELA. Así, comienza a desarrollarse una "*nueva conciencia constitucional*" entre la judicatura. Esta es un *cambio fundamental*, a nuestro juicio, muy positivo, la vastedad de cuyas consecuencias es fácil de imaginar.

Es bueno recordar que en 200 años de Derecho Procesal, dos resultados significativos se produjeron como consecuencia de la Revolución Francesa: la abolición del principio del secreto de la asunción de la prueba testimonial y, la proclamación en los principales documentos constitucionales de la publicidad y la oralidad de los procedimientos como derecho fundamental del hombre. Por eso, es nuestro deber salir del molde tradicional y analizar los fundamentos ideológicos, las premisas filosóficas y los reflejos político-sociales del Derecho Procesal.

Ahora que la "Carta de navegación" renueva la tesis de la función social de la propiedad, publicitando el derecho privado, por ejemplo, los procesalistas también deben tomar las riendas ideológicas para llevarlas al proceso con una nueva dimensión frente a rezagos de nuestro viejo sistema.

Señores profesores, estudiantes, abogados, juristas, pensamos que, como lo afirma el gran Cappelletti: "Han pasado los bellos tiempos felices en los cuales los procesalistas podían contentarse con un estudio, puramente técnico, de prácticas y normas locales o nacionales del procedimiento. Ahora hemos descubierto en efecto, que incorporadas en esas prácticas y normas, están las grandes corrientes de la historia del hombre: los cambios sociales y económicos, las transformaciones intelectuales, las revoluciones y los estancamientos de la civilidad".

Antes nos considerábamos los sacerdotes de un arte neutral, pero hoy debemos comprender que la Historia, la Economía, la Política, la Sociología son elementos esenciales de nuestra misión.

Las clases de procedimientos a partir de ahora no han de ser formas; deben ser el escenario donde el tema de la libertad y la esperanza de los justiciables sirva para decantar que en la lucha entre hermanos en que nos encontramos, el proceso es instrumento de paz, donde debe prevalecer la garantía constitucional y el Derecho Sustancial.

No hay que tenerle miedo al nuevo desafío porque el día en que los jueces tengan miedo, los justiciables no podrán dormir en paz, como lo afirmó Couture.

## BIBLIOGRAFIA

- GARCIA Pelayo M. "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Ed. Alianza. Universidad, 3ª. Edición, Madrid, 1982, pp. 26 y ss.
- CAPELLETTI M. Prefacio de la obra "Access a la justice et état providence" Ed. Instituto Universitario Europeo. Ed. Económica, París. 1984. p. 4.
- GOMEZ Colomer J. L. "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania", en Justicia 84. Ed. Bosch, Barcelona 1984, pp. 226.
- VESCOVI, Enrique: "La Garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes". Ponencia VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal. (Actas III y V p. 216).
- FIX SAMUDIO, Héctor: "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso" Pon. IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, 1985. p. 46
- FLORES GACHARNA, Jorge. "Reflexiones sobre la misión del abogado en el mundo moderno". Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 11 N°. 6. 1987. Edit. Librería del Profesional.
- FIX SAMUDIO, Héctor. "Garantías constitucionales en el proceso". Pon. XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Durango 28 a 31 de mayo de 1986, pág. 13.

- ALVARO VELLOSO, Adolfo; MONTERO AROCA, Juan; VARELA, Alberto. Conferencia "La responsabilidad de los jueces". VIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. B/Manga. 1987.
- Código de Procedimiento Civil (Art. 40).
- Constitución Española de 1978.
- FLORES GACHARNA, Jorge. "El Fraude Procesal", reimpresión 1987. Ed. Rodríguez Quinto. Pág. 24.
- GAMEZ, Germán: "Principio del debido proceso y las nulidades constitucionales en el proceso penal" VII Congreso de Derecho Procesal Colombiano. B/Manga 1987.
- LOZANO-HIGUERO y Pinto, Manuel: "La protección procesal de los intereses difusos". Marcial Pons. Madrid. 1983.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Derecho procesal constitucional". Civitas Madrid, 1980.
- LOZANO, José María. "Estudio del proceso constitucional patrio". Edit. Porrúa. 3ª. Edic. México. 1980.
- PAREJO GONZALEZ, Enrique. "Privatización y justicia social". El Espectador. 17 de noviembre de 1991 pág. 3ª.
- CHILD, Jorge. Recesión U.S.A. El Espectador Nov. 17/91.
- Gacetas Legislativas. 7, 9 y 23 (agosto 30, septiembre 4 y octubre 11 de 1991).
- Constitución colombiana de 1991.
- Códigos: Civil, Penal, Procesal Civil, Laboral y Administrativo.
- QUIROGA Cubillos, Héctor. El proceso constitucional. 1985. Ed. Librería el Profesional.