

## LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL COMO PARTE DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE DEBIDO PROCESO<sup>1</sup>

Diana María Ramírez Carvajal<sup>2</sup>

**Palabras Clave:** debido proceso, garantía constitucional, derecho procesal, derecho sustancial, prevalencia

El derecho fundamental al debido proceso, surge como un conjunto de principios que se encuentran en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, pero a su vez, el debido proceso ha de entenderse como parte de una macro estructura de principios que se denominan la tutela judicial efectiva.

Entrabar un conjunto de principios constitucionales tan extenso –los que integran la tutela judicial y los que integran el debido proceso-, como columna cardinal del derecho procesal contemporáneo, es lo que permite sostener que **el derecho procesal supera, no abandona, su función instrumental**, para elevarse a esferas más altas en el componente del sistema de garantías constitucionales, que permiten al ciudadano obtener al protección eficiente y expedita de sus derechos. Y si ello es así, de ninguna manera puede sostenerse la prevalencia de un derecho sustancial que pende y depende tanto del instrumento procesal como de las garantías procesales constitucionales.

---

<sup>1</sup> Texto que se desprende de la investigación terminada “Los poderes de oficio del Juez”, financiada por la Universidad de Medellín. Esta versión fue presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal en Cartagena de Indias, septiembre 2, 3 y 4 de 2010.

<sup>2</sup> Abogada, Magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Jefe del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. [dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

La tutela judicial efectiva surge en la Constitución cuando “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”<sup>3</sup>. Luego esta norma se consolida en una lectura integral de la misma con la red de principios constitucionales y se fortalece en la ley estatutaria de la administración de justicia<sup>4</sup>.

**Comentario [m1]:**

Importante también citar la sentencia C 713 DE 2008, revisión previa del proyecto de ley estatutaria 023/06 Senado y 286/07 Cámara “por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996. Magistrada ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

De esta manera, en Colombia es plausible sostener que los contornos del derecho procesal inician en un sistema de garantías constitucionales que se denominan tutela judicial efectiva, y se definen en cuanto a su objeto<sup>5</sup> en el derecho al debido proceso.

La tutela judicial efectiva como sistema de garantías, asegura al ciudadano el acceso a la administración de justicia, una pronta y expedita resolución de las controversias, el derecho a un Juez director e instructor y la igualdad material de las partes en el proceso, entre otros.

En un sentido material la tutela judicial efectiva se compone por lo menos de los siguientes principios: publicidad, independencia, imparcialidad, prevalencia del derecho sustancial<sup>6</sup>, legalidad y prioridad de la norma constitucional<sup>7</sup>, igualdad<sup>8</sup>,

<sup>3</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 229.

<sup>4</sup> Ley 270 de 1996 con sentencia C-037 de 1996 y la modificación de la ley 1285 del 22 de enero de 2009.

<sup>5</sup> Desde la teoría general del proceso se ha sostenido que el objeto de estudio del derecho procesal es el proceso, pues bien, con el fortalecimiento del derecho procesal a través de las estructuras garantes de la constitución, puede decirse que el objeto de estudio superó esta idea inicial para redimensionarse a partir del debido proceso.

<sup>6</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 228 “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”.

<sup>7</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 230 “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Lo complementa el artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u

procedimiento debido<sup>9</sup>, y la prohibición de autoincriminación<sup>10</sup>, entre otros. Todos estos principios que informan y construyen el derecho procesal contemporáneo.

Desde esta macro estructura se desprende el debido proceso que propende por un proceso justo, adecuado y viable, y que en el ámbito nacional e internacional tiene rango de derecho fundamental. Se hace especial énfasis en el debido proceso, porque es una estructura compleja que se erige transversalmente como columna vertebral del derecho procesal pero que al mismo tiempo se descompone –cualidad que lo hace más fuerte- en un conjunto de derechos fundamentales<sup>11</sup>, con lo cual se asegura al ciudadano una orientación del proceso hacia la justicia, la verdad, la igualdad, la coherencia y la racionalidad, todo lo cual puede exigirse

**Comentario [m2]:** En el ámbito internacional sería tiene reconocimiento como DERECHO HUMANO

**Comentario [m3]:** Es conjunto de derechos fundamentales o mejor decir por principios y reglas?

Ver página siguiente donde se especifica que el debido proceso se desdobra en un conjunto de principios

---

otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

<sup>8</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 13: “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 por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

<sup>9</sup> Constitución Política de Colombia artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación o el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

<sup>10</sup> Nadie podrá 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”.

<sup>11</sup> Entre ellos: principio de legalidad, Juez natural y competente, plenitud de formas, presunción de inocencia, defensa, contradicción, publicidad, celeridad, impugnación y nulidad probatoria por violación de los derechos fundamentales.

por vía de tutela ya que, todos ellos, tienen además reconocimiento internacional como parte de los derechos humanos<sup>12</sup>.

El derecho constitucional al debido proceso, que a su vez forma parte de la tutela judicial efectiva, donde se integra la garantía de la prevalencia del derecho sustancial, adquiere así un doble carácter o naturaleza jurídica: subjetiva y objetiva.

En sentido subjetivo, **el debido proceso es un derecho sustancial**, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano su exigencia, la posibilidad de reclamarlo y exigir su protección inmediata, aún a través de la acción de tutela. En sentido objetivo, **el debido proceso es un sistema de garantías que se desdobra en principios e instrumentos**, que otorgan a los ciudadanos todas las posibilidades de recibir una debida protección para sus derechos sustanciales.

Comentario [m4]: No me es claro por qué en instrumentos?

Desde esta perspectiva y como se puede deducir, la prevalencia del derecho sustancial no tiene una lectura independiente de la tutela judicial efectiva y/o del debido proceso.

---

<sup>12</sup> BERNAL, Carlos. El debido proceso. Medellín: Señal Editora, 2004. "El debido proceso se ha institucionalizado en diversos instrumentos internacionales que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Así encontramos los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 16 de diciembre de 1966; artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" del 22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972; artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, ratificada por la ley 35 de 1961; los artículos 6 y 7 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, ratificada por la ley 70 de 1986, entre otras disposiciones. A su vez el debido proceso tiene su regulación en el derecho internacional humanitario (DIH), verbigracia, artículos 3.1 d) y 49 del Convenio I de Ginebra, ley 5 de 1960; artículos 3 y 50 del Convenio II de Ginebra, ley 5 de 1960; artículos 3, 82 a 104, 129 y 130 del Convenio III de Ginebra, ley 5 de 1960, y artículos 3, 33, 43, 64 a 75, 78, 114 y 123 del Convenio IV de Ginebra (ley 5 de 1960).

La prevalencia del derecho sustancial hace parte de un conjunto de principios interconectados con el debido proceso y las garantías democráticas del derecho procesal.

*La “conexión existente entre la idea democrática de Estado y el debido proceso, como un justo equilibrio en la relación Estado-autoridad e individuo, de tal manera que el ejercicio del poder en cualquiera de sus manifestaciones está controlado por una serie de formas previstas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la democracia no es un fin en sí misma, sino que es un medio para el respeto de las libertades, los derechos, los principios y los valores que sustentan los fines de la Carta Política”<sup>13</sup>.*

Así es plausible sostener, que la prevalencia del derecho sustancial, como parte integral de la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional que comprende para las partes el respeto por los principios integradores de la función jurisdiccional.

En este sentido se fortalece la función directiva del juez, que ha de propender, utilizando los poderes que le otorga el legislador, para que las partes tengan oportunidades reales de defensa, y para asegurar a las partes los medios efectivos para la presentación del caso y para la controversia, lo cual finalmente permite una decisión racional y fundada, por tanto justa. Todo ello constituye la materialización del derecho fundamental a la igualdad y la posibilidad efectiva de influir con la propia acción de defensa en el éxito del proceso y, por supuesto en la decisión del juez<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Para ampliar esta idea puede consultarse en el capítulo del debido proceso a: LONDOÑO, Mabel. RAMIREZ, Diana. MUÑOZ, Alba. La Valoración de la conducta. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2007.

<sup>14</sup> COMOGLIO, Luigi. *Riforma processuale i poteri di giudice*, Torino, Giappichelli, 1996 p. 105.

A contracara puede sostenerse que la conjunción de la garantía constitucional de la prevalencia del derecho sustancial con las dos perspectivas, subjetiva y objetiva, del derecho fundamental al debido proceso, convergen para el ciudadano en la posibilidad de exigir a la función jurisdiccional los siguientes derechos: la dirección judicial del proceso por parte del juez con lo que se busca evitar irregularidades en las etapas procesales, la actividad de instrucción probatoria a cargo del juez para determinar con certeza la situación fáctica y jurídica del litigio, y la aplicación del ordenamiento jurídico como sistema complejo<sup>15</sup> que se integra con una interpretación sistemática de los principios constitucionales.

Esta visión holística de la tutela judicial efectiva, la prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso, **fortalece el derecho procesal** en el marco constitucional y desecha la prevalencia del derecho sustancial como un presupuesto literal de aplicación que desdice de su importancia, como la concepción de que la forma está ahí escrita por el legislador como un simple instrumento que puede desecharse cuando estorba o peor aún cuando no se sabe aplicar adecuadamente.

Se abandona la concepción irracional de la forma por la forma misma y se redimensiona el concepto de la forma procesal que se desarrolla a partir de un compendio de garantías constitucionales, como un complemento necesario para la existencia y la validez de la norma sustancial.

### **1. La perspectiva integral de la norma que se encuentra en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia**

El conjunto de principios que contiene la norma constitucional, a la cual pertenece la prevalencia del derecho sustancial, obliga a un estudio integral de sus efectos,

---

<sup>15</sup> Al respecto ver RAMIREZ, Diana. *La prueba de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p.108 ss

pues una postura parcializada desdibuja su sentido y conlleva a una lectura sesgada de la misma. Al realizarse una revisión ponderada del artículo 228 de la Constitución se pueden extraer, entre otros, los siguientes análisis:

*“La Administración de Justicia es función pública”*. La jurisdicción como función pública, se desarrolla por lo menos a partir de tres principios estructurales<sup>16</sup>, que no se pueden abordar plenamente en este capítulo porque desborda su objetivo, pero que para un mejor entendimiento del tema se enuncian.

El primero es el principio de publicidad que ordena la actuación judicial no secreta y que en el derecho contemporáneo se concreta en fortalecer la argumentación interna de las decisiones y en especial la justificación de todas las estructuras inferenciales que se van desarrollando en el proceso.

El segundo es el principio de imparcialidad que da cuenta de la importancia de que el Juez permanezca ajeno al conflicto. Esta Imparcialidad indica que debe evitarse una relación directa con alguna de las partes y aplicar con acatamiento el principio de legalidad, en sus dos perspectivas: la subjetiva como obligación de aplicar el ordenamiento jurídico como fuente del derecho y la objetiva que es el respeto de todos los principios que componen el debido proceso.

La importancia del principio de imparcialidad se concentra en las potestades que le permiten al Juez actuar como sujeto imparcial e imparcial, para obtener la perspectiva del litigio, más completa y verdadera, de aquellas que le presentan las partes como sujetos parciales. Es el principio que le permite al Juez ser director del proceso, al contrario de lo que se sustentó en las reformas del siglo XIX, cuando se entendió que imparcial significaba excluir al Juez de toda la actividad de partes y del objeto del proceso que es la pretensión.

---

<sup>16</sup> Para mayor profundidad en este tema se puede consultar RAMIREZ, Diana. La prueba de oficio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Por último el principio de independencia tiene una estrecha relación con la posibilidad de que la función pública jurisdiccional se exprese sin presiones derivadas de otro órgano o función del Estado, pero su vértice más importante es el equilibrio que se debe establecer entre la decisión del Juez y las interpretaciones de los superiores jerárquicos de la pirámide judicial. De ahí que el principio de independencia tenga una estrecha relación con los principios de publicidad, democracia y legalidad en el proceso.

**Comentario [m5]:** Así como una relación con los principios de igualdad y confianza legítima, pues para alejarse de las interpretaciones de los superiores, deberá expresar los motivos y razones de tal decisión so pena de desconocer tales principios. Ver el derecho de los derecho Carlos Bernal Pulido.

Esta es una presentación compleja de la función pública jurisdiccional, que parte del enunciado de la norma del artículo 228. En esta complejidad al Juez le corresponde actuar en una serie de dinámicas de interacción tanto en el proceso como en la prueba y el desarrollo del litigio. En esta perspectiva de la función jurisdiccional no se trata de establecer libertades o límites absolutos, ya que ambos representan una vulneración abierta a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, y a los derechos que integran el debido proceso. Se trata de alcanzar un proceso dialógico, esto es más racional.

En palabras de Gascón<sup>17</sup> *“nos movemos en un territorio que no está dominado por la mera emotividad, por la intuición o por la fuerza, sino donde es posible desarrollar (y desde una perspectiva garantista, también exigir) una actividad racional: aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas”*.

Y es ahí donde resulta importante integrar otra parte del artículo 228 que dice *“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”*

---

<sup>17</sup> GASCON, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 49.



Al integrar la función jurisdiccional compleja, con la prevalencia del derecho sustancial, se aborda una visión holística de la función jurisdiccional.

Se integran todos los elementos que posibilitan una dinámica contemporánea de “administrar justicia” hacia la efectividad de los derechos. Y esta lectura es tan válida que el mismo texto le exige al Juez el respeto de los términos procesales, porque el legislador primario (y así quedó en las actas de discusión) no estaba autorizando con esta norma la ruptura de las formas procesales por una vacía aplicación del derecho sustancial, ni tampoco el abandono indiscriminado y burdo de las formas del proceso tras o la violación de los términos en forma arbitraria.

**Comentario [m6]:** En aras de la celeridad del proceso, pues la respuesta lenta y tardía de la justicia desconoce la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, el legislador constitucional incita a la función jurisdiccional para que dirija todos sus esfuerzos, como función pública que es, a lograr de manera prevalente la concreción del derecho sustancial, pero observando con diligencia y cuidado las formas del derecho procesal, que como ya se ha expuesto, en el derecho contemporáneo corresponden al desarrollo de un sinnúmero de garantías constitucionales y de derechos fundamentales.

## **2. La prevalencia del derecho sustancial como idea de justicia material en detrimento del proceso**

Alguna de las formas de interpretación que ha hecho carrera cuando se defiende la prevalencia del derecho sustancial, es aquella que identifica el derecho sustancial con la idea de justicia material y/o de justicia sustancial, pero en una nueva perspectiva del derecho:

¿Qué se debe entender por justicia material?

a. **Sobre las ideas de justicia que “remedan crisis” en la función del Juez**

Comentario [m7]: Doctora, en este punto como el título de su ponencia según la publicidad es GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA

En este punto podría concluir con algún párrafo referente al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la “crisis de la justicia

Abordar un concepto de justicia en cualquier parte del proceso o ámbito jurídico, significa entrar en territorios bastante desconocidos para el derecho, ya que la justicia es un concepto filosófico que se ha desdoblado en múltiples teorías. La filosofía<sup>18</sup> desde la antigüedad ha abordado la justicia, como también lo han hecho la sociología<sup>19</sup> y las diversas corrientes de pensamiento jurídico<sup>20</sup>.

Sin embargo se reconoce que el derecho tiene un marcado interés por la justicia, lo que lleva a la doctrina a utilizar el término indiscriminadamente. En este contexto se debe admitir que hablar de justicia es hablar de valores<sup>21</sup>, de representaciones sociales, es decir, de ideologías relativas<sup>22</sup> y cambiantes en la sociedad.

<sup>18</sup> Desde la antigüedad, con Platón y Aristóteles, pasando por la edad media, con Tomás de Aquino y San Agustín, culminando la modernidad, con las ideas de Smith y Kelsen y, en la posmodernidad, con Dworkin y Hart., entre muchos otros.

<sup>19</sup> Entre otros: SILVA, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. DE SOUSA, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

<sup>20</sup> TARUFFO. *¿Justicia civil opción residual o alternativa posible?*. Ob. cit. p. 137: “De la *procedural justice* teorizada por John Rawls a la concepción adversarial de la justicia civil, se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental”.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* México, Distribuciones Fontamara, 2001, p.63: “una ética de la virtud, es decir, apunta a un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud mas alta, la virtud perfecta”.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, Op.cit., p.83: “En realidad, yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo, conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

La justicia, como acertadamente lo expone Ruiz “*contiene una carga de emotividad positiva que la hace susceptible de ser utilizada en contextos bien diferentes y con escasa precisión, (...) en ocasiones el término se ha enarbolado para defender los más absurdos argumentos, e incluso de forma lacerante y hasta perniciosa ha servido para pergeñar los más oscuros y perversos intereses*”<sup>23</sup>. Ejemplos de esta distorsión fueron las actuaciones contra la justicia y el derecho del movimiento nazi, “*fundamentalmente irracionalista, porque exigía que la decisión judicial fuera tomada no con fundamento en los hechos o en los derechos preexistentes, sino en el así llamado Fiürer principio o voluntad del Fiürer*”<sup>24</sup>.

Un concepto tradicional de justicia en el derecho, es el de Ulpiano: la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Tal vez sea ésta la definición de justicia con más éxito en toda la historia del pensamiento jurídico, pero en realidad es una fórmula vacía<sup>25</sup>, que en el derecho contemporáneo no explica el significado de la justicia material, pero que por supuesto, tampoco explica el significado de la justicia procesal ni mucho menos de la justicia formal o de la justicia sustancial.

Para dar un poco de orden, se puede abordar un concepto de justicia dialogada, como lo hace García: “*la definición o determinación del concepto de justicia tendría por finalidad (...) ofrecer el marco dentro del cual se puede discurrir y hablar sobre el tema de lo justo (...) a cuya luz se debe establecer lo que en un caso concreto sea justo*”<sup>26</sup>.

Comentario [m8]: Incompleto  
nombre del autor en la  
bibliografía

<sup>23</sup> RUIZ, Mario. “El mito de la justicia: entre dioses y humanos” en <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiiz.pdf> (consultado en junio 6 de 2008).

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial en *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005, p.103.

<sup>25</sup> KELSEN. *¿Qué es Justicia?* Ob. Cit. p. 45.

<sup>26</sup> GARCÍA. *Ensayos de filosofía*, Bogotá, Temis, 2003, p. 140.

Pero en todo caso, y para discutir desde un plano de entendimiento intelectual o racional sobre la justicia en el derecho, se requiere adoptar una escuela o una tendencia, como acertadamente lo expresa Bobbio<sup>27</sup>:

Es así como el formalismo jurídico responde a una idea de justicia, “*la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley*”; también se estudia la justicia consensuada que parte de los acuerdos, donde, “*según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla (...) según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar*”.

En este orden de ideas, para lanzar a la discusión académica o jurídica, una determinada idea de justicia, con respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico, se requiere una postura ideológica concreta.

Es en este contexto que una vertiente del constitucionalismo moderno o neo constitucionalismo<sup>28</sup> busca la justicia del derecho a través de la integración de los valores y principios<sup>29</sup> en el ordenamiento jurídico. De ahí surge en veces la idea de “justicia material prevalente” o de “justicia social”.

---

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 13- 17.

<sup>28</sup> Al respecto: GARCÍA, Juan. “Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Revista Berbiquí*, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Vol.30, Medellín, Soluciones Editoriales, 2005, p. 26. MEROI, Andrea. “Iura novit curia y decisión imparcial”, en *Revista Polémica Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Antioquia, No.6, Medellín, Vieco Editores, 2008, p. 68.

<sup>29</sup> ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.9: “El principio estructura un caso de forma abierta y la regla cerrada. Por eso Alexy llama a los principios mandatos de optimización, porque su cumplimiento depende de posibilidades fácticas y también jurídicas”.

Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio para la interpretación del derecho, puede fracasar si la tutela jurisdiccional se aparta abiertamente de las políticas públicas, de las políticas o del plan de gobierno y especialmente de la aplicación del ordenamiento jurídico integral que se compone de leyes, principios, jurisprudencia, contratos y actos administrativos entre otros.

En algún sector de la doctrina colombiana<sup>30</sup>, la representación de una idea de justicia material se fundamenta para algunos operadores jurídicos a partir de la ruptura de la legalidad de la forma procesal. Sin embargo, el sentido de prevalencia que válidamente ha interpretado la Corte Constitucional<sup>31</sup> da cuenta de la correspondencia que existe entre el nacimiento o interpretación del derecho sustancial y el respeto por las formas y garantías procesales.

Esta interpretación corresponde con la fórmula de interdependencias de Carnelutti: *“el derecho sin proceso no podría acercarse a alcanzar su objetivo, no estaría el derecho en una palabra, aunque tampoco el proceso sin el derecho; el equilibrio entre los dos términos es circular”*<sup>32</sup>. Y es desde esta misma perspectiva que lo ha consagrado el Código de procedimiento civil colombiano: *“Al interpretar la ley*

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 14464, junio 12/05: “...el juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, desde la cual pueda realizarse la idea de justicia material”. Corte Constitucional, sentencia C-591/05, de junio 19: “... el juez más allá de ser árbitro, desempeña un papel activo hacia el logro de la verdad y la aplicación de la justicia material” Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia del 30 marzo de 2006, en esta sentencia la fiscal introduce una prueba anulable invocando la justicia material, al tenor dice “...desde la perspectiva probatoria, la Fiscalía tiene un compromiso directo con la verdad y la justicia material”

<sup>31</sup> Cfr. entre otros: Corte Constitucional, sentencia T-0191/93 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; auto 010/96 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-352/94 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y sentencia T-172/94 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>32</sup> CARNELUTTI. *Trattato del processo civile*. Napoli. Morano, 1958. p. 33. En el mismo sentido DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffré, 1984, p. 735: “Perciò si è detto che l'estinzione ope legis del processo costituirebbe una inammissibile (sul piano costituzionale) limitazione del potere del giudice e della sua sovranità nell'applicazione del diritto sostanziale”.

*procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial*<sup>33</sup>.

La prevalencia del derecho sustancial, entonces, como puente de acceso a la justicia material, debería entenderse como la protección de la tutela judicial efectiva frente a estructuras formulistas rígidas.

Por ejemplo, la Corte Constitucional, al revisar el rechazo de una tutela *“con el argumento de que no se manifestó bajo la gravedad del juramento”*<sup>34</sup>, expone que *“el carácter informal predicable de la acción de tutela torna imposible su asimilación estricta a otros procedimientos jurídicamente regulados y, por virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el trámite preferente y sumario que se imparte cada vez que el particular acude a este mecanismo protector no requiere la rígida observancia de todo el conjunto de formalidades propias de los procesos”*<sup>35</sup>.

En este mismo sentido la Corte tutela sobre la falta de presentación de demanda escrita, *“pues se parte del supuesto de que la posibilidad de escribir no está al alcance de toda la población, bien por analfabetismo...”*<sup>36</sup>. La Corte impide que en los procesos constitucionales como la tutela, *“debido a errores de forma (...) se dejen de amparar efectivamente los derechos de personas afectadas”*<sup>37</sup>.

Igualmente cuando la Corte Constitucional aborda el tema de la prevalencia del derecho sustancial en el proceso civil, lo hace revisando la relación que existe entre las instituciones procesales y los principios que integran el debido proceso.

---

<sup>33</sup> Código de procedimiento civil colombiano, art. 4.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T-191/93 de mayo 12 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, auto 010/96 de marzo 26 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de mayo 24 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de abril 11 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

En este sentido, al decidir sobre una demanda en contra del recurso de revisión civil, la Corte dice que “sólo podría declarar inexecutable normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución”<sup>38</sup>. Y decide que “la disposición acusada (art. 380 CPC) no contraría el derecho de defensa, el cual, por el contrario, es protegido de manera general con el recurso mismo de revisión (...) dicha disposición tampoco viola el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales (...) ya que los derechos sustantivos del impugnante presuntamente perjudicado por la sentencia atacada pueden ser reconocidos mediante el examen de ésta al culminar el procedimiento de revisión, sin que dicho resultado sufra mengua por la exclusión de la reforma de la demanda”<sup>39</sup>.

Por lo expuesto resulta plausible considerar, que una forma de justicia material en Colombia, se encuentra a partir de las garantías constitucionales: tutela judicial efectiva y debido proceso. Y, que a partir de ellas puede igualmente integrarse el precepto de la prevalencia del derecho sustancial.

**b. Sobre la justicia sustancial en la aplicación del derecho a partir de la función del Juez.**

Por último, la prevalencia del derecho sustancial como parte de un concepto de justicia, se ha entendido por algunos sectores como la “justicia material” a contracara de la “justicia formal”, una dicotomía similar a la que se utiliza, de forma bastante absurda por cierto, con la verdad “real” y la verdad “formal”.

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia C-446/97 de febrero 18 de 1997, M.P.: Jorge Arango Mejía.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia C-736/02 de septiembre 10 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

En la doctrina hay por lo menos dos aspectos para tratar en relación con la aplicación de la justicia sustancial: el primero de ellos es que hay una idea generalizada, mas no fundamentada, de que existe una especie de justicia sustancial o material a la que puede llegarse por fuera del procedimiento, incluso por fuera del proceso<sup>40</sup>; el segundo es la convicción de que la justicia sustancial en el derecho puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores, sin tener en cuenta la integralidad del ordenamiento jurídico.

Contrario a lo que se cree, ambas tendencias pueden converger en posturas limitantes a la función pública jurisdiccional, lo que quiere decir que impiden al Juez ser: proactivo, pensante, creador del derecho sustancial y director del proceso.

- **La posibilidad de obtener una decisión judicial justa sustancialmente, por fuera del proceso y del procedimiento, es una idea que surge como reacción al modelo formal, pero que paradójicamente reafirma este modelo obsoleto.**

Los modelos formalistas de finales del siglo XIX han caído en desuso en el derecho occidental contemporáneo.

Comentario [m9]: 1. Hace falta un párrafo conector, se venía desarrollando la idea de La prevalencia del derecho sustancial como idea de justicia material ( las diferentes ideas de justicia y una reflexión sobre la justicia sustancial) y en esta idea se comienza a abordar el tema de la decisión judicial justa.

<sup>40</sup> Algo similar a lo ocurrido en Italia, donde la reforma del Código de procedimiento civil italiano, mediante el D.L. n.35/05, varía el proceso de cognición propiciando la exclusión del Juez de la fase de fijación de los hechos y de las pruebas, lo cual impide su función de dirección y control, dejándolo relegado a órgano decisor sobre documentos. "il disegno propone all'art. 16 un modello che prevede uno scambio, teoricamente illimitato, di scritture preparatorie tra gli avvocati, con termini minimi da concedere per le diverse repliche all'avversario e con il potere di scelta, assegnato fin dall'inizio a ciascuna delle parti (...) In linea di principio, le conclusioni che saranno scambiate davanti al giudice "non potranno essere diverse da quelle prese nelle precedenti scritture". CHARLIONI, Sergio. La riforma del codice processuale civile, in [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc). (consulta en diciembre de 2006).



Este modelo se reproduce a partir de la lectura exegética de la ley, del positivismo excluyente que entiende el derecho como estructuras de ley que generan un sistema completo, claro y cerrado<sup>41</sup> y especialmente en el formalismo dogmático radical, que se ocupa de difundir el estudio del derecho a partir de una serie de fórmulas precisas o “dogmas”, que contienen los conceptos, la interpretación, la hermenéutica y hasta la forma de valorar la prueba.

Este modelo, era necesario y por ello fue exitoso en la época del afianzamiento del Estado Liberal donde se aplicó y utilizó en todas las áreas del derecho sustancial, como también en el derecho procesal. Se entendió que el derecho se aplicaba conforme a las formas dogmáticas, que la fuerza social del derecho estaba en el legislador que además era sabio y que por supuesto, y como consecuencia natural, la función del juez significaba hacer de “boca que pronuncia las palabras de la ley”.

En esta dinámica, el juez estaba sometido a seguir puntualmente los dogmas de la ley formal, dando siempre prevalencia a lo escrito por el legislador, por lo cual daba una lectura exegética a los presupuestos normativos ya que el derecho estaba dicho y dado por el órgano legitimado y él solo debía encontrar el postulado jurídico para asignar a las partes del proceso.

De esta forma y entendiendo que el derecho sustancial corresponde a los presupuestos normativos expedidos por el legislador en la ley, significa que al darle prevalencia literal al derecho sustancial como parte de una anhelada justicia sustancial, se puede regresar al juez a una actitud absolutamente pasiva frente al

---

<sup>41</sup> GARCÍA, Juan. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p.39: “Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias; y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enunciados que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas”.

legislador. En esta dinámica el Juez es incapaz de formular soluciones integrales y contextualizadas, pues le está vedado reformar la ley que contiene los derechos sustanciales de la sociedad así como sobredimensionarse en su interpretación.

Entonces, el juez aplica el derecho sustancial de una manera justa, si y solo si, se apeg a la regla otorgada por el legislador, es decir que el proceso únicamente le sirve como herramienta para encontrar desde el conjunto de leyes, la solución correcta del conflicto, a través del derecho que previamente ha ordenado el legislador.

Es la visión del derecho que corresponde con la teoría de la “decisión vinculada”<sup>42</sup> que tiene como fundamento constitucional la tridivisión del poder -hoy revaluada en el derecho constitucional- y que asume que uno de los poderes del Estado, el legislativo, tiene por función expedir la ley como un sistema jurídico sustancial prevalente, un sistema completo, claro y coherente.

Aplicar el derecho sin ninguna posibilidad de nueva interpretación, a través de un proceso que solo sirve para hallar la fórmula correcta del legislador, “*presupone que la atribución de los derechos es obra exclusiva de la ley sustancial, concebida como operante en una dimensión diversa y en un momento anterior respecto a aquel en que entra en juego la jurisdicción. Ésta, por tanto, tendría sólo una función de determinación y eventualmente de restauración de la situación jurídica preexistente (...) En consecuencia, el papel del juez es esencialmente de afirmación del derecho sustancial preexistente*”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> WRÓBLESKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987, p. 57: El sistema jurídico es completo, cerrado y no contradictorio. Las contradicciones son aparentes y las lagunas son faltas técnicas del legislador que se llenan fácilmente por analogía de la voluntad legislativa.

<sup>43</sup> TARUFFO. *La justicia civil*. Op.cit. p. 140.

A partir de lo expuesto, se encuentran para el derecho contemporáneo por lo menos dos consecuencias negativas:

- Se niega la importancia que el mismo artículo 228 de la Constitución colombiana le otorga al proceso como institución pública, según la cual el proceso ha superado su condición de mero instrumento<sup>44</sup>, para convertirse en un sistema de garantías que le permiten medios dialógicos para que el juez realice su función.
  
  - Se extirpan, por decir lo menos, de la aplicación del derecho, las garantías del debido proceso, que se materializa en el proceso jurisdiccional a través de los principios de legalidad y democracia.
- 
- **La idea de que la justicia sustancial, en el derecho, puede alcanzarse tras la aplicación exclusiva de valores, tiene por lo menos dos sentidos:**

El primero de ellos, es que la justicia a partir de valores, es correspondiente con las teorías antiformalistas del derecho o doctrinas axiológicas<sup>45</sup>. Concepciones

---

<sup>44</sup> TARUFFO. *La justicia civil* Ob. cit. p. 139: "Uno de los principales aspectos de la concepción tradicional de la jurisdicción consiste en considerar el proceso como meramente subsidiario e instrumental respecto al derecho sustancial (...) Todo sujeto individual es, pues, titular de los derechos sustanciales que la ley le atribuye".

<sup>45</sup> GARCÍA. *Interpretación y aplicación*. Ob. cit. p.42-43: "Las doctrinas que llamo axiológicas se sintetizarían en las siguientes notas principales: i) el sistema jurídico se cimenta sobre un sistema o conjunto ordenado de valores que son su base y le dan su sentido último y más determinante; ii) dichos contenidos valorativos, que son la esencia del sistema jurídico, tratan de expresarse por

confusas para el derecho occidental, que como el colombiano ha evolucionado a partir del civil law.

La aplicación del derecho a través de los valores se relaciona con las teorías de la libre decisión explicada por Wroblesky, especialmente con la escuela radical<sup>46</sup>, que pone su centro de atención “*en los valores jurídicos más que en los políticos*”, que además en forma absoluta “*rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley porque esta no puede determinar las decisiones judiciales*” por tanto la ley no es un límite o un parámetro para que el juez decida. El juez considera que decide más de acuerdo a su moral que a la ley por ello “*busca las fuentes del derecho fuera de los textos legales*”.

Según Wroblesky<sup>47</sup>, en esta corriente de pensamiento hay dos tendencias: “*los radicales, que desprecian la ley, la decisión es tomada de una forma totalmente emotiva, por intuición del caso concreto que debe ser decidido en forma justa y equitativa a partir de la valoración del juez (...) y los moderados, que no niegan la*

---

medio de los enunciados normativos contenidos en los cuerpos jurídicos (...) estas teorías axiológicas de la interpretación con la versión contemporánea de aquel formalismo radical que en el siglo XIX era propio del positivismo ingenuo (...) tienen un fuerte componente metafísico e idealista que se traduce, ante todo, en la convicción de que el derecho no es una realidad lingüística (como cree cierto positivismo contemporáneo) ni empírica (como creen las teorías del derecho de corte realista y sociológico), sino que se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso de la mejor manera la justicia y el bien, y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo (...) estas teorías axiológicas del derecho y de la interpretación presuponen que existen semejantes esencias valorativas precisas y contenedoras de la solución más justa para todos los casos en derecho, y que, además, son perfectamente cognoscibles y, muy en particular, cognoscibles por los jueces”.

<sup>46</sup> “La ideología de la libre decisión judicial. Nace como la antítesis de la decisión vinculada. Es el anti formalismo o anti positivismo, que surge cuando el Estado liberal da paso al monopolismo y al intervencionismo, lo que hace que el positivismo pierda su influencia. La oposición parlamentaria socialista hace resurgir el conflicto entre desigualdad material de clases y libertad formal, por lo que el derecho deja de ser considerado encarnación del derecho natural que no tiene existencia autónoma. La libre decisión no está afiliada a ninguna ideología política determinada, pero en realidad solo fue afirmada por el movimiento del Estado Nazi. WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*. Ob. cit. p. 59-60.

<sup>47</sup> WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*. Ob. cit. p. 59-60

*importancia de las leyes ni la necesidad de un orden jurídico, (...) pero subrayan la necesidad de creación praeter legem*".

De esta manera y a través de los valores que se encuentran en la moral, el Juez puede construir decisiones con base en su íntima convicción y desestimar por completo el ordenamiento jurídico, incluido el proceso.

Con ello se fortalecen las tendencias irracionales<sup>48</sup> sobre la función y la decisión judicial, que empujan al juez a apartarse del ordenamiento jurídico y a dar aplicación a sus propios ideales de equidad o de justicia. Lo cual no solo vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, sino que desestima los derechos fundamentales de defensa y contradicción, y en especial una premisa estructural del derecho: "*il diritto esiste s'esiste il fatto che lo fonda*"<sup>49</sup>.

El segundo sentido que se encuentra en la idea de la justicia sustancial a partir de la aplicación de valores y también de principios, es el que incluye éstos en el

---

<sup>48</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p.103: "este problema de distinguir una ideología legal racional frente a ideologías irracionistas no es un problema histórico de la Europa del medio siglo, sino que hoy en día sigue siendo un tema importante ya que contemporáneamente hay teorías o ideologías que están de moda o en boga, que son fundamentalmente irracionistas. Así por ejemplo, en los veinte últimos años en E.U. se han desarrollado distintas teorías irracionistas sobre la decisión judicial y la función judicial, y el profesor quiere advertirnos que así mismo ocurre en Italia y piensa que también en Colombia dada la fuerte influencia de Estados Unidos; por tanto es mejor estar en guardia frente a estas teorías irracionista en boga. Según estas teorías el Juez no tendría que decidir conforme a los hechos o al derecho, sino conforme a características particulares del caso, características particulares de equidad, o a veces incluso a las características individuales, usualmente con el propósito de reparar daños previos sociales causados a estas personas. Estas teorías irracionistas pueden ser apreciadas incluso desde un punto de vista político o moral, pero cuando se trasladan al campo de la decisión judicial terminan favoreciendo formas de decisión arbitraria caso por caso; basado en características meramente individuales".

<sup>49</sup> TARUFFO, Michele. "Onere della prova" in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Padova, Cedam, 1979, p. 65 – 78: "tali regole escludono infatti l'applicazione diretta di questa norma (sustancial), ma essa viene ugualmente presa in considerazione al fine di stabilire quali fatti avrebbero dovuto essere provati e quali sono le conseguenze della loro mancanza di prova".

ordenamiento jurídico, por tanto propende por la aplicación integral del ordenamiento jurídico se realice como un sistema de fuentes. En este sistema, los valores ocupan un lugar y cumplen con unas finalidades específicas.

Este sentido el derecho se entiende como un sistema complejo. En él interactúan, entre otros, la Constitución – con un alto componente de normas principio y normas valor- el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales, la ley en sus diversas jerarquías, la jurisprudencia - especialmente aquella que contiene ratio decidendi - y en el último eslabón, no por ello menos importante, el acto administrativo y el contrato.

Esta segunda postura integradora, permite, razonablemente y respetando los principios de legalidad, contradicción y democracia, aplicar el derecho teniendo en cuenta la interpretación de principios y valores. Es una tendencia más acorde con la evolución del sistema jurídico colombiano que contribuye con la elaboración de la “decisión racional”<sup>50</sup>, pues todo el complejo normativo se discute a través de las estructuras del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

**Comentario [m10]:** Una inquietud personal: no me es claro en qué consiste el principio de democracia.

#### 4. Tensiones ideológicas

Se requiere de mucho tiempo para cambiar paradigmas e ideologías. Como lo expone Zuleta, la ideología “*tiene una fuerza inmensa, porque no es simplemente un error subjetivo. Si se tratara de un simple desenfoco personal, una demostración sería suficiente para disolverla (...) como la ideología está encarnada, como hace parte de un modo de vida y no se reduce simplemente a una opinión o a una desviación mental, la refutación no es nunca suficiente para*

---

<sup>50</sup> WRÓBLESKY. *Sentido y hecho en el derecho*, Ob. cit. p. 61.

‘superarla’<sup>51</sup>. Se trata pues de trabajar por la evolución de las tradiciones procesales que se han seguido por décadas.

En la aplicación del derecho y a través de la historia, el proceso y la decisión han superado diversos niveles. Ambas estructuras han evolucionado desde concepciones nefastas como la de la justicia de la santa inquisición, para llegar al formalismo dogmático y radical temeroso de perder el control sobre la ley en la aplicación del derecho, con lo cual, seguramente, de nuevo se volvería al arbitrio de la edad media.

Pero también ha llegado el fin, de las concepciones rígidas del derecho. Ahora se tienen nuevos retos: construir un proceso dialógico, fortalecer una función jurisdiccional activa que interactúe con las partes y dirija el proceso, entender y propender por que el proceso genere una decisión racionales, suficientemente motivada, justificada y argumentada. Esta es la difícil tarea del derecho procesal contemporáneo.

Para lograr estos cambios no son necesarias posturas radicalizadas entre derecho tradicional y un nuevo derecho<sup>52</sup>, porque polarizar esta concepción no le aporta a la evolución del derecho como un sistema integral y complejo, sino que implícitamente replica a la sociedad la necesidad de una idea de ruptura absoluta.

Se trata de fortalecer la función pública del juez, directamente relacionada con las estructuras políticas y jurídicas del Estado social de derecho. Y en esta dimensión discutir sobre la justicia sustancial, la justicia material o la prevalencia del derecho sustancial, es discutir sobre frases vacías, que el Juez no podrá

---

<sup>51</sup> ZULETA, Estanislao. “Acerca de la ideología” en *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, Cali, Feriva, 1994, pp. 86-87.

<sup>52</sup> LÓPEZ. *El derecho de los jueces*. Ob.cit. pp. 323 - 324.

hacer realidad por fuera del sistema de garantías procesales que trae la Constitución.

Las tensiones que se crean cuando se le pide al Juez que decida con la *“realización de visiones de justicia material (...) -virtudes activas- que lo ponen en contacto por ejemplo con funciones de ordenación y administración del gasto público”*<sup>53</sup>, no son benéficas para lograr el cambio que requiere la sociedad del siglo XXI.

Hoy la evolución del derecho gira y avanza hacia la interdisciplinariedad , hacia la racionalidad para que el ordenamiento jurídico pueda interpretarse y aplicarse holísticamente y responda a las necesidades internas y transnacionales de la sociedad moderna.

Estos son cambios ideológicos que implican repensar las actividades y las funciones del Juez en relación con la justicia en el proceso. Estos son cambios ideológicos que implican también que la ley procesal debe fortalecerse para ser más flexible, más efectiva; la lentitud y la saturación son fenómenos internacionales, pero indudablemente llevan a un desgobierno del proceso. Se debe propender porque los procesos *“sean adaptados a las nuevas exigencias de la justicia, fortaleciendo una igualdad más real y menos formal de partes, y evitando el control de las partes económicamente fuertes o de los abogados más astutos”*<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, pp. 323- 324.

<sup>54</sup> LACHINA.Op. cit. p. 1117: “lo scopo istituzionale del processo resta pur sempre la disparità finale sostanziale, lo squilibrio netto tra vincitore e sconfitto, e per raggiungere questo esito sostanziale, che a rigore resterebbe fuori del tema della parità processuale”.



También hace parte del cambio ideológico, un nuevo órgano jurisdiccional, más plano, menos jerárquico<sup>55</sup>, que contraste con la labor social que le ha encargado el Estado. Una estructura más plana, menos burocrática y más abierta al diálogo mejorará indudablemente lo que Damaska<sup>56</sup> llama trabajar con mal de alzheimer, tras la permanente relectura de expedientes cada vez más gruesos y por funcionarios diversos que poco tiempo y disposición tienen para comenzar de nuevo.

Por último, la ruptura ideológico también implica cambios en el órgano legislativo, que igualmente debe propender por una enunciación de leyes más científicas.

Se puede continuar con la implementación de normas foráneas, pero éste debe ser un trabajo que paralelamente permita la combinación de diferentes culturas y contextos. Se trataría, de *“cómo leer una cultura diversa, desde el punto de vista de mi cultura, usando ideas, conceptos, valores y creencias que constituyen la otra cultura”*<sup>57</sup>.

La eficacia en la interpretación pende de la claridad de la norma y del intérprete, que puede ser una real intersección entre dos posiciones o una marca de inflexibilidad que genere el máximo grado de incomprensión idiomática e institucional. *“Ordenamientos jurídicos relativamente cercanos, incluso derivados*

---

<sup>55</sup> PIZZORUSSO Alessandro, VOLPE, Giuseppe, SORRENTINO, Federico y MORETTI, Renato. *Comentario della costituzione. La magistratura*, tomo III, Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 107 -108: “este modelo hace de la magistratura una parte de la administración pública, asignándole limitadas garantías de independencia a los órganos judiciales”.

<sup>56</sup>DAMASKA. *I volti della giustizia*. Ob. cit. p.101: “Il materiale raccolto nel corso del tempo dai vari funzionari deve essere raggruppato per la decisione, e si devono conservare tracce dell'attività dell'ufficio per futuri riesami. I funzionari incaricati delle fasi processuali devono quindi conservare fascicoli per assicurare la completezza e l'autenticità della documentazione. Come affluenti di un fiume sempre più grande, i fascicoli tenuti dai funzionari inferiori vengono incorporati nei più voluminosi fascicoli dei loro superiori”.

<sup>57</sup> DAMASKA, Mirjan. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal” en *Reformas a la Justicia penal en las Américas*, [www.dplf.org/Fundación](http://www.dplf.org/Fundación) para el debido proceso legal. (consultada en junio de 2007).

*de la misma familia, pueden ser tan diferentes que ni el concepto de derecho les sea común; la explicación a esto es que en la enunciación de una norma, influye la política, la cultura, las costumbres*<sup>58</sup>.

El estudio y aplicación en el derecho contemporáneo necesita una dinámica más abierta, que conciba las convergencias que producen la decisión judicial y la valoración de la prueba como ejes centrales para la función jurisdiccional justa. Y que por supuesto no deseche la posibilidad de las partes de intervenir en el éxito del proceso, como parte de sus derechos democráticos<sup>59</sup>.

## **5. Nuevos roles del derecho procesal**

Como ya se ha dejado escrito, las proyecciones contemporáneas muestran un derecho procesal fortalecido, transversalmente impactado por las garantías de la Constitución y elevado en su objeto de estudio, el proceso, a derecho fundamental.

Esta posición privilegiada significa, como también se explicó en este texto, que no puede haber una interpretación lógica y razonable que digan que hay prevalencia del derecho sustancial. La justicia material y la justicia sustancial se obtienen a través del derecho procesal que ha superado ostensiblemente su condición de instrumento para llegar a ser garantía y protección.

---

<sup>58</sup> TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras*. Ob. cit. pp. 74-75: "si se mira el mundo de los ordenamientos de civil law, el problema de los modelos procesales se presenta aún más complejo, a tal punto que parece en verdad imposible hablar racionalmente de un modelo de civil law. Se pueden subrayar dos aspectos importantes a) en realidad no ha existido nunca un modelo homogéneo y unitario de proceso civil de civil law. Y b) en los últimos decenios se han producido tantas y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia de manera sintética y unitaria a los modelos tradicionales".

<sup>59</sup> TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione*, Ob. cit. p. 340.

Es así como la aplicación del derecho sustancial se ha flexibilizado a través de nuevas estructuras procesales que hoy, los lleva a interactuar fluidamente:

- La creación jurídica del juez es una realidad y se da especialmente en el derecho sustancial con las interpretaciones novedosas de la ley. Ahora el Juez no sólo reconstruye el caso y lo compara con la ley preexistente. El juez avanza hacia el análisis hermenéutico agudo que le exige el ordenamiento como sistema complejo y la sociedad contemporánea del riesgo.
- La creación del derecho sustancial tradicionalmente fue obra del legislador, pero contemporáneamente, en América Latina y en el mundo, existen diversos órganos e instituciones de creación para la normativa sustancial: el legislador y el ejecutivo que tiene por disposición constitucional la reglamentación de la ley, en muchos casos; la jurisprudencia, que a través de la *ratio decidendi* permanentemente es una fuente de consulta en materia de reglas sustanciales; en los negocios transnacionales, de otra parte, son más fuertes las opiniones de las oficinas de abogados reconocidos que los tratados internacionales, y cada vez más negocios se desarrollan por fuera del dominio del legislador tradicional. Pero esta creación del derecho sustancial siempre se hará a través de las garantías procesales.
- La lógica de creación de la norma sustancial avanza hacia una propuesta social y colectiva, antes que individual. Ahora se habla de derechos colectivos, de derechos difusos y de acciones grupales con mayor fuerza que aquellas individuales. La tutela judicial efectiva y el debido proceso, como macro estructuras del derecho procesal constitucional, están presentes en el avance de los derechos difusos.

- Los derechos y los deberes ciudadanos, que son derecho sustancial, tienen ahora una lectura desde los principios constitucionales prevalentemente: *“este contexto funcional implica una idea sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho. El derecho se crea, aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos psico-sociales, incluidas las normas extralegales y otros factores condicionantes como economía, política, cultura general”*<sup>60</sup>.
- El sentido de justicia –sustancial, material o social- se focaliza en lograr decisiones válidas y justas (sin desestimar el ordenamiento jurídico). Estas decisiones justas se miden, como lo dice Taruffo<sup>61</sup>, por lo menos, con el cumplimiento de los siguientes elementos estructurales: *“la determinación con veracidad de los hechos fundantes del conflicto, la enunciación de medios de prueba adecuados y su correcta valoración, la adecuación de un procedimiento válido para el caso y, por último, la interpretación válida del conjunto de normas sustanciales que fundamentarán los argumentos de la decisión”*.
- Por último, el juez debe precisar una decisión “justa”, debidamente argumentada y motivada. La sociedad debe comprender la decisión porque *“la cultura jurídica contemporánea exige la justificación de la decisión en cualquier sistema: common law o civil law esto es, que la decisión sea racionalmente presentada y racionalmente controlada”*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> WRÓBLESKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985, p. 45.

<sup>61</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial, en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 102.

<sup>62</sup> WRÓBLESKY. *Constitución y teoría general*. Op.cit. pp. 59 – 62.

Estas dimensiones dan cuenta de que derecho sustancial y derecho procesal convergen y se dinamizan en el derecho contemporáneo para lograr la tutela judicial efectiva a favor de las partes. Como lo expuso Denti, *“la estricta unión entre el derecho sustancial y el derecho procesal tiene envuelto el moderno rol de garantía del juez, el principio que mejor expresa este rol es el del debido proceso que trasciende la garantía meramente procesal y reviste la tutela también sobre el plano sustancial de los derechos constitucionalmente garantizados”*<sup>63</sup>.

De ahí que la sentencia se convierta en el eje prioritario de estudio en el proceso, porque en la unión entre derecho procesal y derecho sustancial, a través de un sistema de garantías, *“nada hay más sustancial en la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia”*<sup>64</sup>.

Finalmente se puede sostener, que en las dinámicas del derecho integral contemporáneo, se necesita de un Juez que supere al muy aclamado juez Hércules.

La complejidad del derecho contemporáneo no la asume un Juez –super hombre-, la asume un Juez dinámico, capaz de interactuar con las partes, con los órganos de control, con los superiores jerárquicos, con la ley y al mismo tiempo con la Constitución.

Este Juez tiene la imponente misión de *“interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de*

---

<sup>63</sup> DENTI, Vittorio. “Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo” in *Rivista di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 731: “Nello stretto collegamento tra diritto sostanziale e diritto processuale, va colto il *proprium* del moderno ruolo di garanzia del giudice. Non per nulla il principio che meglio esprime oggi questo ruolo, quello del due *process of law*, ha una portata che trascende le garanzie meramente processuali ed investe la tutela, anche sul piano sostanziale dei diritti costituzionalmente garantiti”.

<sup>64</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, E.J.E.A, 1978, p.19.

*las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho (...) ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social*<sup>65</sup>.

La corrección en el proceso dialógico y en la decisión racional, necesitan de un Juez Hermes, por naturaleza un gran comunicador<sup>66</sup>:

*“..con las relaciones analógicas, con las conexiones, con las paradojas: peligro y protección, terror y confianza, certeza y extravío, pérdida y ganancia, malicia y benevolencia, muestra el camino y puede descarriarse, anuncia notables silencios que invaden las conversaciones más animadas; en este estado de dicotomías no hay separación ni ruptura, lo absoluto nada tiene que ver con Hermes; su esencia es la libertad y el brillo, en consecuencia es un dios fundamentalmente no autoritario”.*

---

<sup>65</sup> TARUFFO. *La justicia civil*. Ob. cit. p. 141.

<sup>66</sup> GONZÁLEZ, Elvia. *La hermenéutica*. Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 19: “Al ser negado el acceso a los oráculos, a Hermes también se le negó la virtud de predecir la verdad; la verdad no es asunto de Hermes, por tanto no tiene nada que ver con lo que es falso o cierto”.

## BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BERNAL, Carlos. *El debido proceso*. Medellín: Señal Editora, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile*. Napoli. Morano, 1958.
- COMOGLIO, Luigi. *Riforma processuale i poteri di giudice*, Torino, Giappichelli, 1996
- COMOGLIO, Luigi. *La garanzia costituzionale dell'azione dd il processo civile*, Padova, Cedam, 1970.
- DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 2005
- DENTI, Vittorio. *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffré, 1984
- DENTI, Vittorio. "Valori Costituzionali e Cultura Processuale" in *Revista diritto processuale*, Padova, Cedam, 1984.
- DE SOUSA, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- GARCÍA. *Ensayos de filosofía*, Bogotá, Temis, 2003.
- GARCÍA, Juan. *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2006,
- GARCÍA, Juan. "Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en *Revista Berbiquí*, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Vol.30, Medellín, Soluciones Editoriales, 2005,
- GASCON, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004..
- GONZÁLEZ, Elvia. *La hermenéutica*. Medellín, Universidad de Medellín, 2005.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* México, Distribuciones Fontamara, 2001,

LACHINA, Sergio. "Giusto processo, laboriosa utopia" in *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, 2005.

LONDOÑO, Mabel. RAMIREZ, Diana. MUÑOZ, Alba. La Valoración de la conducta. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2007.

LÓPEZ, Diego. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2006.

MEROI, Andrea. "Iura novit curia y decisión imparcial", en *Revista Polémica Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capitulo Antioquia, No.6, Medellín, Vieco Editores, 2008.

PIZZORUSSO Alessandro, VOLPE, Giuseppe, SORRENTINO, Federico y MORETTI, Renato. *Comentario della costituzione. La magistratura*, tomo III, Bologna, Zanichelli, 1992.

QUINTERO, Beatriz y otro. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 2008

RAMIREZ, Diana. *La prueba de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, E.J.E.A, 1978.

SILVA, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

TARUFFO, Michele. ¿Justicia civil, opción residual o alternativa posible? en *Corrupción y Estado de Derecho*, Madrid, Trotta, 1996

TARUFFO, Michele. *La prueba, la verdad y la decisión judicial en Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005.

TARUFFO, Michele. "Onere della prova" in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XIII, Padova, Cedam, 1979

TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras*, Bogotá, Temis, 2006.

TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1974

WRÓBLESKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987



WRÓBLESKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985.

ZULETA, Estanislao. "Acerca de la ideología" en *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, Cali, Feriva, 1994..

### **Web grafía**

CHARLIONI, Sergio. La riforma del codice processuale civile, in [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc). (consulta en diciembre de 2006).

DAMASKA, Mirjan. "Aspectos globales de la reforma del proceso penal" en *Reformas a la Justicia penal en las Américas*, [www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal](http://www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal). (consultada en junio de 2007).

RUIZ, Mario. "El mito de la justicia: entre dioses y humanos" en <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf> (consultado en junio 6 de 2008).

### **Normas utilizadas**

Constitución Política de Colombia

Código de procedimiento civil colombiano

Constitución Política de Italia.

Ley 270 de 1996 y la modificación de la ley 1285 del 22 de enero de 2009.

### **Sentencias**

Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996

Corte Constitucional, sentencia T-191/93 de mayo 12 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, auto 010/96 de marzo 26 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de mayo 24 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de abril 11 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-446/97 de febrero 18 de 1997, M.P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C-736/02 de septiembre 10 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia T-0191/93 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Auto 010/96 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, sentencia T-352/94 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, sentencia T-172/94 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, radicado 14464, junio 12/05

Corte Constitucional, sentencia C-591/05.

Corte Suprema de Justicia, sala penal, sentencia de 30 marzo de 2006.