

---

# A propósito de la justicia material<sup>1</sup>

## (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material)

---

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

Recibido: agosto 2 de 2007  
Aprobado: septiembre 17 de 2007

### Resumen

Frecuentemente encontramos una tendencia a sustentar peticiones, decisiones y hasta pretensiones en la prevalencia de la justicia material. ¿Cómo explicar racionalmente esta posibilidad? Hasta la aprobación de la Constitución del año 1991 en Colombia, el derecho procesal se estudió y aplicó con la perspectiva de la escuela científica italiana que promueve éste como un método, un instrumento para la aplicación del derecho sustancial. La entrada en vigor de las normas constitucionales modernas lleva a establecer unas fuertes tensiones en la relación derecho procesal-derecho sustancial: desde la Constitución se promueven las teorías antiformalistas con mayor fuerza, hacia la ruptura en la aplicación tradicional del ordenamiento jurídico; la Constitución establece como principio la prevalencia del derecho sustancial, y además impone el debido proceso como derecho fundamental. Todo ello implica, como se puede deducir, un mayor índice de complejidad en las relaciones jurídicas. Este artículo trata sobre estas tensiones e intenta perfilar la función contemporánea del derecho procesal.

- 
- 1 Este artículo es producto de la investigación denominada "La justicia judicial hacia la justicia social", terminada en el año 2006, realizada por el grupo de investigaciones en derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín y financiada por la misma Universidad. La autora participó en ella como investigadora principal.
  - 2 Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Doctoranda de la Universidad Externado de Colombia. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Miembro de los Institutos Panamericano y Colombiano de Derecho Procesal. Líder del Grupo de investigaciones en derecho procesal, categoría "A" Colciencias. dramirez@udem-edu.co.

## **Palabras clave**

Justicia material, justicia procesal, prevalencia del derecho sustancial, proceso, instrumento, debido proceso.

# **Speaking of material justice (Reflections on justice in process vs. material justice)**

---

## **Abstract**

Frequently we found a tendency to sustain requests, decisions and until pretensions in the prevalence of material justice. How to explain rationally this possibility? Until the approval of the Constitution of year 1991 in Colombia, the procedural right studied and applied with the perspective of the Italian scientific school that promotes this one like a method, an instrument for the application of the substantial right. The take effect of the modern constitutional norms, takes to establish strong tensions in straight substantial the procedural-right relation: from the constitution the antiformalistas theories with greater force are promoted, towards the rupture in the traditional application of the legal ordering; the Constitution establishes like principle the prevalence of the substantial right, and in addition it imposes the due process like fundamental right. All it implies, as it is possible to be deduced, a greater index of complexity in the legal relations. This article treats on these tensions and tries to outline the contemporary function of the procedural right.

## **Key words**

Material justice, procedural justice, prevalence of the substantial right, process, instrument, which had process.

## INTRODUCCIÓN

La expresión "justicia material" en múltiples oportunidades es asimilada a la prevalencia del derecho sustancial que en Colombia se fundamenta en el artículo 228<sup>3</sup> de la Constitución Política, y han sido en muchos casos contrapuestas con el proceso judicial. Estas son ideas diversas, pero que nutren el camino que sigue la justicia judicial hacia la justicia social.

Como dice Taruffo: "*es sobre todo en las situaciones de crisis de la democracia y en momentos de emergencia de tendencias conservadoras, cuando resulta necesario volver a reflexionar sobre la naturaleza y las funciones de la justicia civil en el contexto del Estado de derecho y de las garantías relativas a la tutela jurisdiccional*"<sup>4</sup>. El tema se inicia con una reflexión sobre las más comunes ideas de justicia, luego aborda una visión sobre el derecho procesal y su relación con la prevalencia del derecho sustancial, para posteriormente analizar algunas tensiones ideológicas que dan pie, finalmente, a entregar algunas ideas sobre el nuevo rol del derecho procesal a manera de conclusión. La metodología de la investigación es analítico-socio-jurídico, porque tiene por objeto un fenómeno jurídico complejo y sus finalidades

sociales. Considerando el proceso como un producto para las necesidades concretas de solución del conflicto en una comunidad, se somete a un análisis crítico la interacción del ordenamiento jurídico con la justicia material.

## 1. SOBRE LAS IDEAS DE JUSTICIA

Pretender alcanzar un concepto de justicia desde el ámbito procesal implica inicialmente admitir que hablar de justicia es hablar de valores, de representaciones sociales, es decir, de ideologías: la filosofía<sup>5</sup> ha abordado la justicia; también la sociología<sup>6</sup> y las diversas corrientes de pensamiento jurídico<sup>7</sup>. Un concepto tradicional de justicia es el de Ulpiano<sup>8</sup>: 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 la definición de justicia con más éxito en toda la historia del pensamiento jurídico, pero en realidad es una fórmula vacía, que en el derecho contemporáneo no representa la justicia material y tampoco la justicia procesal. Esta justicia puede asimilarse a la justicia denominada "retributiva", que se funda en el principio de igualdad -como equivalencia- entre lo que se da y lo que se recibe. Es la clásica forma de relacionar los miembros de la

3 Constitución Política, 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".

4 TARUFFO, Michele. La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? En *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.

5 GARCÍA, Juan Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá: Temis, 2003, Pág. 134-144.

6 DE SOUSA SANTOS, Boaventura y otro. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

7 "De la procedural justice teorizada por John Rawls a la concepción adversarial de la justicia civil, se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental..." TARUFFO, Michele. *Op.cit.* Justicia civil opción residual o alternativa posible. Pág. 137

8 KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* México: Distribuciones Fontamara S.A. 3º. Ed. 2001.

comunidad, en el Estado liberal de derecho, que se sustenta en concepciones formales, derechos individuales orientados a la libertad y a la igualdad de los hombres ante la ley.

También puede elaborarse un concepto de justicia dialogada, según García Amado<sup>9</sup>: *"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"*. En fin, como lo expresa Bobbio<sup>10</sup>, para entender la justicia se requiere adoptar una escuela, una posición, porque estamos hablando de valores, de esta manera el formalismo jurídico responde a una idea de justicia, *"la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley"*, o la justicia 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.*

Y también refiere Bobbio un modelo de justicia relacionado con el orden y la igualdad, *"una de las formulaciones más comunes y menos discutidas y discutibles de la justicia como orden es: pacta sunt servanda; se trata de una regla que establece no ya aquello que se debe hacer... sino que afirma que se debe hacer todo aquello que ha sido convenido..."*.

La evolución de una idea de justicia, ya en el Estado social de derecho, lleva a la consagración de principios que guían la actividad del Estado en los campos jurídico, político, económico y administrativo; por esto dice la Corte Constitucional: *"es así como el Estado Social de Derecho debe garantizar estándares mínimos<sup>11</sup> de salario, alimentación, salud, habitación, educación para todos los ciudadanos pero ahora bajo la idea de justicia material y no simplemente formal"*<sup>12</sup>. Se discute así la idea de justicia "distributiva" que es citada en los casos jurídicos más disímiles<sup>13</sup>, como "justicia material prevalente", para lograr relaciones diferenciales entre el todo y las partes. Este concepto también se utiliza como justicia

---

9 GARCÍA, ob. cit. Pág. 140

10 BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2001, 7ª ed. Págs. 13 a 17.

11 Ver Sentencia C-406 de 1992.

12 La justicia judicial hacia la justicia social, investigación del grupo procesal de la Universidad de Medellín. Pág.36

13 Es desde esta posición, que se sustentan las posiciones más heterogéneas, las que fácilmente confunden los lectores; pueden citarse: "CSJ 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 C-591/05, 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-.. CSJ, sala penal, sentencia de 30 marzo de 2006, magistrado ponente LOMBANA...- 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", e igualmente se fundamenta la importancia del testigo de referencia en pro de la justicia material....".

social, que contiene la idea de eliminar las desigualdades a través de la interpretación y la aplicación de principios y valores en la vida cotidiana. Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio en las relaciones sociales, puede fracasar si se impulsa solo desde la tutela jurisdiccional, dejando de lado las políticas públicas, esto es, los proyectos del poder ejecutivo y la elaboración de presupuestos que permitan la viabilidad y la permanencia de los proyectos sociales.

Por lo expuesto, para referir una "idea justa" en nuestro contexto jurídico por lo menos se debe partir de unos acuerdos constitucionales, así las ideas de justicia material y de justicia procesal en el ordenamiento jurídico colombiano pueden hacerse comprensibles.

La representación de justicia sustantiva o material se fundamenta desde el artículo 228 de la Constitución política de Colombia, cuando dice: "*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*" (subraya fuera de texto). Este sentido de prevalencia ha sido interpretado por la Corte Constitucional como la correspondencia que existe entre el nacimiento o la interpretación correcta del derecho sustancial, y el respeto por las formas

procesales. Esta fórmula de dependencia es la misma que refiere 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>14</sup>. Y es desde esta misma perspectiva que lo ha consagrado el Código de procedimiento civil colombiano en su artículo 4º: "*Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial*".

Esta concepción abierta y correspondiente que valida la Corte se identifica también en los procesos constitucionales -como la acción de tutela-, donde la Corte ha manifestado que la prevalencia del derecho sustancial significa evitar la negación de la tutela jurisdiccional por la rigidez de un formulismo o formalismo. De esta manera falló a favor de una tutela que fue rechazada "*pretermitiendo por completo la instancia, con el argumento de que no se manifestó bajo la gravedad del juramento*"<sup>15</sup>. Confirma así la Corte 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>16</sup>.

14 CARNELUTTI, Francesco. Trattato del processo civile. Napoli: Morano, 1958, Pág. 33 En el mismo sentido DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, Pág. 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".

15 Sentencia T-0191 de 1993 Corte Constitucional.

16 Auto 010 de 1996, Corte Constitucional.

En el mismo sentido decidió 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>17</sup>. En conclusión, los procesos constitucionales como la tutela, por la prevalencia del derecho sustancial, “*impiden que debido a errores de forma... se dejen de amparar efectivamente los derechos de personas afectadas*”<sup>18</sup> en sus derechos fundamentales.

Cuando la Corte aborda el estudio de esta prevalencia con relación al recurso de revisión en el proceso civil, motiva sus decisiones aclarando que no se afectarán los principios del debido proceso, cuando se deba apartar una regla de procedimiento a favor de la tutela del derecho sustancial. En este sentido ha dicho:

Es evidente que la norma acusada es razonable, de conformidad con la naturaleza y las finalidades del recurso extraordinario de

casación. La Corte sólo podría declarar inexecutable normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución”<sup>19</sup>, y decidió que

*“... la disposición acusada (art. 380<sup>20</sup> 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, consagrado en el Art. 228 de la Constitución Política, 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<sup>21</sup> de la reforma de la demanda”*.

---

17 T-352 DE 1994, Corte Constitucional.

18 T-172 DE 1994, Corte Constitucional.

19 Corte Constitucional sentencia C-446/97

20 ódigo de procedimiento civil artículo 380: **Causales.** Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueren decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya saneado la nulidad. 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada, entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador *ad litem* y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

21 Corte Constitucional, sentencia C-736/02

Además de la interpretación válida que ha hecho la Corte Constitucional, respecto de la relación entre el derecho procesal y el derecho sustancial, resulta importante analizar, por lo menos, dos asuntos estrechamente relacionados con la aplicación prevalente de una justicia material: 1) la idea generalizada, mas no fundamentada, de algunos académicos y juristas, 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>22</sup> y 2) la también idea generalizada de que la justicia sustancial, en forma exclusiva o por lo menos prevalente, se realiza dando aplicabilidad a los principios del derecho por fuera del ordenamiento jurídico propuesto por el Estado. Como se intenta mostrar en esta reflexión, ambas corrientes aparecen en contravía de la moderna tendencia a tener jueces proactivos, pensantes, creadores y directores del proceso:

1) El sentido de prevalencia del derecho sustancial, como la posibilidad de obtener una decisión judicial por fuera del procedimiento, es una idea que podría asimilarse a la forma en que se decide en la justicia del common law de los países anglosajones, donde se llega a refutar, incluso, la aplicación de reglas religiosas o políticas generalizadas, porque éstas obligan al juez a decidir con base en una regla dominante; explica Damaska que *"esta es una visión activista del aparato paritario, que llaman la **justicia sustancial** por la aversión al modelo formal"*<sup>23</sup> (negrilla fuera de texto).

Esta tendencia, a manera de copia del common law, genera por lo menos tres consecuencias negativas en el proceso judicial: a) se está transplantando una institución sin que se realicen las adecuaciones culturales y jurídicas necesarias, lo que contradice la función del juez en el ordenamiento jurídico de tendencia continental – civil law; b) se excluye la importancia que el mismo artículo 228 de la Constitución da al proceso como institución pública, como medio para que el juez realice en forma coherente su función que también es pública; y c) se reduce a la mínima expresión el impacto garantista que tiene el debido proceso sobre todo acto jurisdiccional, porque el procedimiento adecuado a un caso concreto es uno de los parámetros de aplicación de este derecho fundamental en cuanto al principio de legalidad de las formas.

Este tipo de activismo por fuera de un proceso jurisdiccional y legal implica, además, que se quebranten y desechen otros institutos procesales, creados y formulados como apoyo de la justicia judicial razonada, por ejemplo, la carga de la prueba y las presunciones permiten al juez decidir un caso concreto cuando no tiene prueba controvertida sobre los hechos determinantes de la norma de derecho sustancial que sería aplicable. Estas ficciones de apoyo a la labor judicial que nacen en el derecho procesal tienen por finalidad establecer cuáles hechos deberían haber sido probados y cuáles son las consecuencias de la

22 Hoy es el caso de 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. In [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc).

23 DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere. Bologna: Il Mulino, 2005, Pág. 66.

falta de prueba, porque "il diritto esiste si esiste il fatto che lo fonda"<sup>24</sup>.

2) El sentido de prevalencia como la obligación que tiene el juez, de hacer prevalecer algunos principios generales del derecho sustancial, es pertinente, pero tiene por lo menos tres sentidos:

a) Desde la aplicación formal del derecho sustancial. Esta es una tendencia conservadora muchas veces repetida desde Montesquieu, con el sentido de un derecho sustancial regla, norma emitida por el legislador en desarrollo de los principios generales del derecho. Por esto el juez toma el papel de la boca inanimada que repite las reglas creadas por el legislador. En realidad un juez que obligatoriamente tiene que aplicar con prevalencia la ley sustancial es un juez formal, pasivo, incapaz de formular soluciones contextualizadas. Es la continuación del modelo exegético, el cual, quedó demostrado, es contrario a una disciplina eminentemente social, como es el derecho. Esta visión de la ley sustancial-formal es coherente con la teoría de la "decisión vinculada" de Wroblesky<sup>25</sup> y

... presuponere 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 y, eventualmente, de reparación... Se trata del juez que razona y opera mediante silogismos, que no crea Derecho, que no tiene poderes autónomos y que al final del proceso (decretado por las partes) no hace otra cosa que declarar lo que ya existía desde el principio, o sea, el estado del derecho sustancial entre ellas<sup>26</sup>.

b) Desde las tendencias hacia el antiformalismo en la aplicación del derecho: las tendencias reformistas también constituyen un esquema de aplicación del derecho sustancial, por cierto bastante confuso por lo menos desde dos aspectos: (1) porque se relacionan con las teorías de la libre decisión, especialmente con la escuela radical<sup>27</sup> (que permite que el juez falle conforme a su íntima creencia); y

---

24 TARUFFO, Michele. Onore Della prova. In Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. XIII. Torino: UTET. Pág. 65 a 78. "... tali regole escludono infatti l'applicazione diretta di questa norma (sustancial), ma essa viene ugualmente presa in considerazione al fine di stabilire queali fatti avvrebbero dovuto essere provati e quali sono le conseguenze della loro mancanza di prova".

25 WROBLESKY, Jerzy. Sentido y Hecho en el derecho. Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987.

26 TARUFFO, op.cit. La justicia civil. Pág. 140

27 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 (pág.59). Su centro de atención lo pone en los valores jurídicos más que en los políticos; rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley porque esta no puede determinar las decisiones judiciales; define solo los límites en que el juez debe decidir; las leyes forman un sistema defectuoso. La intervención del juez frente a la ley es necesariamente creativa y busca las fuentes del derecho fuera de los textos



(2) porque no desarrollan un método claro de aplicación del derecho sustancial, sino que lo enuncian por exclusión, lo cual puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones desde la sicología, la sociología, y cualquier otra disciplina. Expone el texto de López: "*por teorías reformistas del derecho entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron anunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX y en diferente grado de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho descrita a grandes rasgos como "formalista, "exegética", "conceptualista" y "mecánica"*"<sup>28</sup>. Debe ser claro para el lector que la exégesis, el formalismo, el conceptualismo y la teoría mecánica son diferentes, significan formas diversas de aplicar el derecho sustancial, y muchas de ellas en el derecho contemporáneo han sido reevaluadas.

- c) Desde la aplicación integral de fuentes. Cuando se asume el derecho sustancial desde una concepción de fuentes integradoras del ordenamiento jurídico: Constitución, bloque de constitucionalidad, tratados internacionales, ley sustancial formal, decretos, contratos, jurisprudencia en cuanto a la ratio decidendi, principios y valores entre otras. Esta visión integradora es a nuestro juicio la

que mejor se relaciona con una aplicación racional y fundamentada del derecho, pero a veces se muestra difusa y confusa para la doctrina colombiana; de hecho, parecería que algunos autores ven en la aplicación del derecho desde la teoría de la integración de fuentes como un "*problema del monopolio de la creación del derecho dentro del Estado*"<sup>29</sup> y no una evolución contemporánea del derecho como sistema complejo. Esta forma de aplicar el derecho sustancial es una de las más completas y permite la aplicación de principios y valores, que están positivados en la Constitución; así puede ser interpretados, concretados y definidos por el juez en sus sentencias, en sus decisiones racionales<sup>30</sup>.

Por lo expuesto, si la pretensión desde el Estado social de derecho es la reivindicación de la función del juez como un actor importante frente al proceso jurisdiccional, con poderes para delinear el objeto, formular pruebas, valorar medios probatorios y crear derecho sustancial, frases con una lingüística tan abierta e indeterminada como "la prevalencia del derecho sustancial" o "la justicia material" deben ser analizadas en nuestro contexto para el cumplimiento de unos fines de justicia específicos, que reflejen la Constitución y los acuerdos democráticos.

---

legales; los razonamientos del juez lo mismo que las justificaciones son solo apariencia de las elecciones valorativas. 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; el derecho judicial es concebido como el único derecho en vigor; y los moderados, que no niegan la importancia de las leyes ni la necesidad de un orden jurídico, en alguna medida estable y previsible, pero subrayan la necesidad de creación preter legem (pág.60). El autor critica la posición radical por cuanto sus concepciones del derecho y de la decisión judicial caen en el extremo opuesto de la decisión vinculada, es decir, es el irracionalismo emotivo que no da respuesta a la función del juez. Igualmente critica la moderada porque se acerca a una decisión racional y legal; la diferencia está en el concepto de la aplicación del derecho y del valor que dan a la legalidad y a la racionalidad, porque tampoco dan cuenta de la función del juez. WROBLESKY, ob. Cit. Pág. 59.

28 LÓPEZ, Diego. Ob. Cit. Pág. 269.

29 LOPEZ, Diego. El derecho de los jueces, Ob.cit. Pág. 265. ob.cit.

30 WROBLESKY, Jerzy. Sentido y Hecho en el Derecho. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989. Pág.61

Para este efecto un complemento contemporáneo que trasciende las ideas vacías de justicia y se asienta en un concepto concreto de justicia procesal es el debido proceso como canon constitucional. Éste rompe la idea tradicional de justicia procesal que se limitaba a elaborar el concepto de "instrumentalidad", referida al procedimiento como herramienta eficaz para lograr un fin: el enfrentamiento civilizado entre partes. Afirma Taruffo que "*de la procedural justice teorizada por John Rawls a la concepción adversarial de la justicia civil, se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental conforme a la cual el proceso no puede y no debe ser más que el lugar de la confrontación entre particulares*"<sup>31</sup>. Esta idea limitaba el concepto de justicia procesal al "procedimentalismo", a la seguridad de surtir unas etapas y unos términos legales ordenados, que posibilitaban el enfrentamiento reglado, independientemente de que el resultado final fuera compatible con los fines del Estado o con los principios constitucionales y con la ley en sentido amplio<sup>32</sup>.

La moderna función del derecho procesal desde la Constitución inicia en el debido proceso

y alcanza nivel de "garantía" cuando se constituye como derecho fundamental<sup>33</sup>. El primer cambio se da en su naturaleza jurídica que se convierte en mixta: el debido proceso es un derecho, es un fin en sí mismo, ya que cada uno de los principios que lo componen<sup>34</sup> puede ser reclamado por cualquier persona individual o colectiva, y tendrá protección prevalente; además, el debido proceso tiene naturaleza instrumental porque permea todos los procedimientos con lo cual permite alcanzar con efectividad otros derechos vulnerados. Dice Denti<sup>35</sup> que la garantía del "*justo proceso*" representa en efecto uno de los dos grandes temas del iusnaturalismo procesal que tiene su origen en el artículo 10 de la Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948. En el mismo sentido, Lachina reafirma la doble finalidad del proceso debido desde la siguiente metáfora "*... decimos que el intérprete viene a encontrarse en la condición de aquel que ve los árboles pero no el bosque. Este propiamente es el tema del justo proceso*"<sup>36</sup>.

31 TARUFFO, op. cit. La justicia civil, opción residual... (pág. 137)

32 Nos referimos al concepto de ley desde la integración de las fuentes del derecho.

33 Para Colombia esta norma inicia en la Constitución de 1991; para Italia la Constitución consagró el justo proceso en el año 1948.

34 Constitución Política de Colombia Artículo 29º.-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, aun 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 y 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".

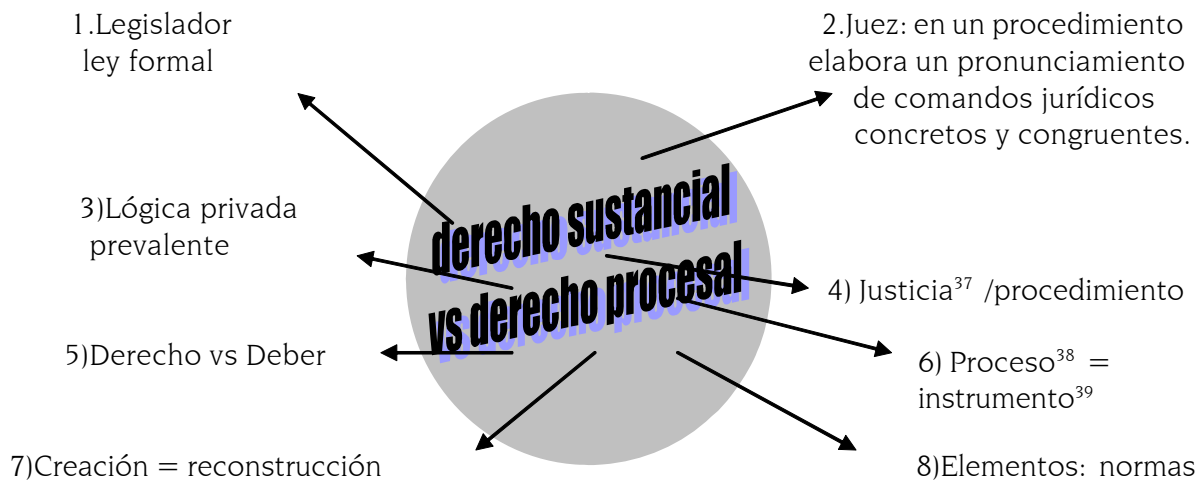
35 DENTI, Vittorio. Valori Costituzionali e Cultura Processuale. In Revista Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1984. pag. 443 a 464. il diritto alla equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale.

36 LACHINA, Sergio. "diciamo pure che l'interprete viene a trovarsi nella condizione di colui che vede gli alberi ma non la foresta. E proprio il tema del giusto processo" Giusto processo, laboriosa Utopia. En Revista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2005. pags. 1111-1126. "...trascuriamo altresí per un momento la diatriba sulla vera natura della norma innovativa o invece meramente ricognitiva di valori già codificati a livello di legge ordinaria e già coperti di riconoscimento costituzionale ed anche di diritto internazionale convenzionale...."

El debido proceso implica necesariamente el cumplimiento de la tutela judicial efectiva; ese es uno de los fines más importantes de esta norma constitucional, porque surge paralelo a una pretensión de corrección en la idea de justicia y porque da apertura al debate sobre la función judicial desde la transdisciplinariedad; en él confluyen múltiples principios que se relacionan con la teoría general del Derecho, el constitucionalismo, la filosofía, la sociología, la economía y la psicología, entre otras.

No obstante esta apertura del derecho procesal como garantía fundamental, el estudio del derecho procesal ha tenido una evolución lenta en nuestro medio, ya que se da prioridad a su estudio como "instrumento" en una concepción tradicional, lo que fortalece la aplicación del derecho mediante procedimientos, etapas, términos y reglas particulares, derivadas de las normas del Estado Nación.

Esta tradición –con claros síntomas de disfuncionalidad contemporánea- se representa de la siguiente manera:



37 En este sentido tradicional "Es el proceso el que legitima la decisión: en este sentido es justa por definición la decisión que concluye un proceso que se haya desarrollado correctamente, pero es correcto el proceso que ha asegurado el libre desarrollo de la confrontación". TARUFFO, op.cit. La justicia civil....pag.137

38 "El proceso es el método mediante el cual se obtiene la pronunciación oficial de comandos jurídicos (concretos)..".CARNELUTTI, Francesco. Trattato del processo civile. Napoli: Morano, 1958, pag. 19

39 "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. Según una orientación que tuvo su origen y se afirmó principalmente en el siglo pasado, aunque hunde sus raíces en las doctrinas de la Ilustración, y que cuenta todavía con difusión en la cultura europea, existiría ante todo el catálogo de los derechos subjetivos individuales previstos en la ley sustancial.....Todo sujeto individual, es pues titular de los derechos sustanciales que la ley le atribuye. El proceso representa entonces un posterior, o sea, un instrumento al que se recurre sólo cuando un derecho, que existe como prior, haya sido negado, contestado o violado: sólo en este momento surge, en efecto, la necesidad de que un juez determine que aquel derecho existía, poniendo así fin a la situación de incertidumbre y de ilegalidad, es decir, a la controversia suscitada sobre aquel derecho". TARUFFO, op,cit. La justicia civil...pg.139

Esta idea tradicional, aplicada en toda su dimensión hasta el año 1991, produce por lo menos dos efectos negativos sobre la idea de justicia en el proceso: 1) el proceso se entiende como marco de acción para un enfrentamiento, en palabras de Taruffo<sup>40</sup>: *"...queda por fuera del horizonte de esta orientación teórica e ideológica la idea de que el proceso civil sirva para garantizar y asegurar la legalidad en general, a través de la efectiva y puntual actuación de los derechos de los particulares, por medio de decisiones verdaderas y justas..."* 2) Se entiende el derecho desde la concepción restringida de codificación, *"... Del mismo modo que los códigos civiles decimonónicos representan, según la feliz definición de Arnaud, la cristalización de las reglas del juego de la paz burguesa, los códigos procesales y la ideología que los justifica y los interpreta reflejan los criterios de la libre competencia de los intereses económicos privados en sede jurisdiccional"*<sup>41</sup>. De ahí la importancia que surge y crece en el derecho procesal, con el debido proceso: primero le aporta la naturaleza "garante" y segundo le permite avanzar en una nueva concepción de justicia procesal desde los principios constitucionales.

## 2. APUNTES SOBRE EL DERECHO PROCESAL Y LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Abordar la aplicación del derecho procesal como garantía implica establecer la función del derecho procesal prioritariamente desde el

debido proceso, como una relación de principios, integradores del derecho fundamental, no ya como un simple instrumento; por ello se da relevancia a la decisión judicial y a la valoración de la prueba como ejes para el estudio del derecho procesal, y se habla hoy del derecho a intervenir en la correcta aplicación del derecho sustancial como un principio democrático<sup>42</sup>. Estos cambios en el estudio y aplicación del derecho, tienen varios tópicos, entre ellos:

1. La creación del derecho sustancial está muy alejada de ser exclusividad del órgano legislativo. En América Latina y en el mundo existen contemporáneamente las más diversas formas de creación normativa sustancial: el legislador, el ejecutivo en forma de decretos ley, decretos reglamentarios, resoluciones e incluso circulares inciden en la formulación de estas reglas; la jurisprudencia a través de la ratio decidendi permanentemente es una fuente de consulta en reglas sustanciales y en los negocios transnacionales; más que los tratados internacionales, inciden los bufetes de abogados como responsables de diseñar cláusulas y contratos que comprometan las relaciones comerciales, civiles y hasta laborales de los negocios que se desarrollan por fuera del Estado-nación.
2. 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.

---

40 TARUFFO, justicia civil opción residual..... Pág. 140

41 TARUFFO, justicia civil opción residual..... Pág. 153

42 TROCKER, Nicolo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffré, 1974. Pág. 340

3. Los derechos y los deberes ciudadanos tienen una lectura desde los principios constitucionales prevalentemente antes que en la ley formal, porque las disposiciones y las normas tienen un significado en un contexto *"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>43</sup>.
4. La creación jurídica del juez se realiza no sólo con la reconstrucción del caso y su comparación con la ley preexistente; ésta avanza hacia el análisis hermenéutico agudo que permite el éxito de una aplicación de derecho material, suplido o creado bajo la filosofía jurídico política del Estado social.
5. El sentido de justicia ya no se centra en concretar una norma a través de unas leyes generales, hoy se focaliza en lograr decisiones válidas y justas (sin desestimar el ordenamiento jurídico en el sentido de integración de fuentes) que permitan eliminar finalmente la disparidad de partes. Estas decisiones<sup>44</sup> justas se miden como lo dice Taruffo<sup>44</sup> con, por lo menos, el cumplimiento de cuatro 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

La lógica de creación de la norma sustancial, avanza hacia una propuesta social y colectiva, antes que individual

válida del conjunto de normas sustanciales que fundamentarán los argumentos de la decisión. Ya lo enunciaba Carnelutti *"No es necesario creer que el juicio jurídico sea exclusivamente esa cosa que avviene solo en el ámbito del proceso, al contrario el derecho obra siempre por medio del juicio que siempre tiene necesidad de pruebas y de normas, el proceso es el ambiente en el que el estudio puede ser más productivo..."*<sup>45</sup>; es por esto que se fortalece la idea del proceso dialógico, más que instrumental.

Así el derecho procesal al adquirir esa doble naturaleza jurídica que le impregna el debido proceso, de garantía fundamental y de procedimiento, pasa de ser una simple herramienta al servicio de la contienda para ser un compuesto complejo con pretensión de garantía desde la contradicción legal, además es el más importante límite a la función jurisdiccional y el control al exceso de poder de las partes.

Las propuestas jurídicas procesales evolucionan rápidamente tratando de ajustarse a las realidades y necesidades de la sociedad compleja de hoy, que avanza rápidamente a la

43 WROBLESKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985. pag. 45

44 TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial. En Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005. Pág. 102.

45 CARNELUTTI, op.cit. Trattato...pag. 125

desformalización del derecho sustancial. Esto se hace evidente en algunas tendencias: el derecho procesal ha concentrado su objeto de estudio más en los principios del debido proceso que en las formalidades del procedimiento; las reformas del legislador pretenden procedimientos más flexibles<sup>46</sup>, que puedan elaborarse en común acuerdo antes que impuestos y que sirvan con efectividad al caso concreto; y el epicentro de desarrollo del proceso se ha concentrado en la decisión judicial racional y lógica<sup>47</sup>.

Esta nueva dinámica del proceso puede entenderse como una evolución desde la mera instrumentalidad, hacia la garantía. Tal 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>48</sup>.

Este cambio evolutivo se puede resumir en las siguientes palabras de Santiago Sentís Melendo<sup>49</sup>: "*Nada hay más sustancial en la vida del Derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia*".

La dinámica del proceso concentra hoy su atención en la decisión judicial: cómo se hace

más justa?, cómo se controla?, cómo se interactúa con el juez?, cómo el Juez debe valorar la prueba?, cómo el juez determina el derecho aplicable?

La decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico, porque nace en la representación de aquel que propone el caso; la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido le da solvencia al juez para decidir con argumentos válidos; el juez en el Estado social de derecho tiene poder para intervenir la pretensión y el caso concreto. En segundo lugar, el juez debe controlar que los medios de prueba sean idóneos para la demostración de los hechos jurídicos y validar, una correcta interpretación de ellos. En tercer lugar, la valoración discrecional del juez corresponde a lo que es "éticamente" preferible al caso concreto; esto corresponde a las tendencias constitucionales de la decisión judicial, que se concretan en la aplicación de una escala de valores en el derecho sustancial. Y por último, el juez debe precisar una decisión "justa", entendiendo por justo lo que corresponde a lo racional de la decisión: hechos verídicos, prueba válida y racionalmente valorada, un procedimiento adecuado para solucionar el caso concreto y una hermenéutica de la norma sustancial

---

46 Es el caso de la reforma al proceso de cognición en Italia.

47 Dan cuenta de esta variación obras como las de TARUFFO, Michele, TROCKER, Nicolo; y COMOGLIO, Luigi Paolo.

48 " 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." DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In Rivista di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè, 1984. Pág. 731.

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

aplicable al caso, creada o modificada por el juez para reconducir el hecho concreto a una consecuencia válida; "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>50</sup>.

El proceso jurisdiccional y el proceso constitucional del siglo XXI, fundamentados en el debido proceso como determinación de corrección y certeza, necesitan de un Juez Hermes<sup>51</sup>, por naturaleza un gran comunicador porque:

*... la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de 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, aunque sólo sea porque es a él a quien corresponde individualizar activamente, formular y justificar la decisión justa en el caso concreto. El juez 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>52</sup>.

La justicia sustancial se crea en un proceso, producto de una construcción dialógica y argumentativa, que permite aclarar los diversos problemas epistemológicos que envuelven la decisión, que permite vincular la relación procesal a valores de democracia y justicia y que por último permite una adecuada estructura de equilibrio entre juez y partes.

### 3. TENSIONES IDEOLÓGICAS

Se requiere de mucho tiempo para cambiar paradigmas, ideologías. Como lo expone Estanislao Zuleta<sup>53</sup>, 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 "superarla". Es necesario trabajar en otros dos campos: la interpretación y la*

50 WROBLESKI, Jerzy. Op.cit. Constitución....PAG. 59 - 62

51 GONZÁLEZ, Elvia. La hermenéutica. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005, Pág. 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, más sí 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. (subrayas fuera de texto)

52 TARUFFO, op cit. La justicia civil. . pag. 141.

53 ZULETA, Estanislao. Acerca de la ideología en Elogio de la dificultad y otros ensayos. Pag. 86-87. Cali: Feriva, 1994.

*transformación de las condiciones que la producen y la hacen necesaria.*

Se trata de trabajar en la evolución de las tradiciones procesales que se han seguido por décadas, como lo expone Taruffo: *"la concepción tradicional de la jurisdicción consiste en considerar el proceso como meramente subsidiario e instrumental respecto al derecho sustancial"*<sup>54</sup>, herencia que tenemos desde finales del siglo XIX. Para lograr estos cambios no son necesarias las corrientes reformistas que muestran posiciones radicalizadas entre lo que llaman derecho tradicional y nuevo derecho, sin ponderar el desarrollo de las sociedades. López expone en un comparativo lo siguiente: *"derecho tradicional... completa separación entre derecho y moral como esferas independientes de regulación de la conducta humana... Nuevo derecho... acercamiento entre derecho y moral, entre reglas jurisdiccionales y responsabilidad moral y política del Estado, en el respeto de los derechos de los individuos y de la igualdad entre ellos..."*<sup>55</sup>. Esta polarización no se conecta con las teorías contemporáneas del derecho que admiten la integración racional del derecho y la ética a través del ordenamiento jurídico.

Una meta es impulsar el estudio y la aplicación del Derecho procesal, en primera instancia, desde la garantía del debido proceso y desde la racionalidad de la decisión judicial. Esto no corresponde con las ideologías de mera formalidad o de instrumentalidad por varios motivos, entre los que apuntamos dos: 1) porque el proceso ya no es un *posterius* al *prius* de la ley sustancial, se comporta como una garantía constitucional que le permite al juez

decidir sobre una situación concreta, haya o no haya norma sustancial aplicable; 2) porque la labor del juez ya no es esencialmente reafirmar una situación con efectos jurídicos preexistentes, este era el juez que no tenía nada propio que decir frente al *factum* o frente a la prueba o frente al ordenamiento jurídico. Hoy la función judicial exige un juez proactivo, dialógico y creativo, que asuma el cambio de paradigma del instrumentalismo.

Se trata de cerrar la brecha que se incrementa cada vez más, cuando se compara el derecho tradicional con el nuevo derecho, para López<sup>56</sup>, en el **derecho tradicional**:

*... el derecho constitucional y el derecho común privado son sustancialmente diferentes... la argumentación jurídica se centra en el concepto de adecuación típica... Se prefiere (en el derecho tradicional) la expedición de normas jurídicas específicas... (el derecho tradicional tiene la) Continuidad y el orden social como valores políticos prevalentes... (en el derecho tradicional hay un) Estado mínimo en la defensa enérgica de las libertades liberales clásicas... el juez es en esencia –voz de la ley– y desarrolla virtudes pasivas...*

A diferencia, en el mismo texto de López, el **nuevo derecho** tiene las siguientes características:

*... Sostiene una relativa unidad e interpenetración entre el derecho constitucional y el privado... No se parte de la adecuación típica sino de la aceptación de la existencia de conflictos de derecho. El*

---

54 TARUFFO op.cit. La justicia civil.

55 LOPEZ, ob.cit. pag 323 y 324.

56 LOPEZ, ob.cit. 323, 324



*conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos... balance de derechos fundado en lógicas discursivas... se prefiere, (en el nuevo derecho) la adopción de estándares o principios que enunciando una regla generalísima dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete... (el nuevo derecho tiene el) cambio social y justicia distributiva como valores políticos prevalentes... facilita la intervención estatal en los circuitos de redistribución de riqueza... El Estado tiene un papel proactivo en la protección de los derechos constitucionales prestacionales... el juez actúa como realización de **visiones de justicia material** y desarrolla –virtudes activas- que lo ponen en contacto por ejemplo con funciones de ordenación y administración del gasto público... (negrillas fuera de texto).*

Se trata de cambiar de paradigma sin vincularnos con posiciones radicales y sin que esto signifique desestimar la aplicación integral del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Se trata de evitarle al juez cargar con el peso de una etérea forma de justicia material –que nunca podrá hacer realidad satisfactoriamente para la mayoría-. Se trata de apropiarse de la evolución permanente de las instituciones, en un avance hacia la interdisciplinariedad para que el ordenamiento jurídico pueda interpretarse y aplicarse holísticamente y responda a las necesidades internas y transnacionales de la sociedad moderna.

Se buscan cambios ideológicos que impliquen un repensar de las actividades y las funciones que tienen relación con la justicia procesal, porque indudablemente, desde la perspectiva del mal llamado derecho tradicional se sostiene que “la retórica judicial subraya el papel de la seguridad jurídica identificada como una noción de justicia procesal que basta para garantizar los intereses de las partes”<sup>57</sup> en tanto el nuevo derecho determina que “la retórica judicial subraya el papel de la **justicia sustantiva**”<sup>58</sup> (negrilla fuera de texto).

En esta labor de cambio, son importantes algunas tareas, que aporten gradualmente de una aplicación del derecho, racional y fundada:

1. La ley procesal debe propender porque sus procedimientos 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>59</sup>. Igualmente la ley procesal debe fortalecerse en su efectividad y su eficacia; la lentitud y la saturación son fenómenos mundiales pero, indudablemente llevan a un desgobierno del proceso y a una marcada “injusticia social”.
2. El órgano jurisdiccional debe replantear su estructura<sup>60</sup> y organización jerárquica en contraste con la labor social que le ha encargado el Estado. Una estructura más plana, menos burocrática, más abierta a la

57 LOPEZ, ob.cit. pag. 342.

58 LOPEZ, ob.cit. pag. 342

59 LACHINA, Sergio, op cit. Pag. 1117. “...lo scopo istituzionale del processo resta pur sempre la disparità finale sostanziale, lo equilibrio netto tra vincitore e sconfitto, e per raggiungere questo esito sostanziale, che a rigore resterebbe fuori del tema Della parità processuale.....”

60 “...este modelo hace de la magistratura una parte de la administración pública, asignándole limitadas garantías de independencia a los órganos judiciales...” PIZZORUSSO y otro. Comentario della costituzione. La magistratura. Tomo III. Bologna: Zanichelli, 1992. pag. 107 y 108.

dialéctica y menos tecnicista sirve mayormente a generar decisiones justas y a evitar una suplantación de decisiones, al estilo "ley de Parkinson" como expone Damaska<sup>61</sup>. Esta modernización permitirá que otros actores procesales como los árbitros y los jueces de paz, menos visibles pero más flexibles, sean verdaderas alternativas de decisión para el ciudadano (no a veces su única opción).

3. El órgano legislativo puede propender por una enunciación de leyes más científicas. Se puede continuar con la implementación de normas foráneas<sup>62</sup>, pero éste debe ser un trabajo que paralelamente permita la combinación de diferentes culturas y contextos. "Cómo leer una cultura diversa, desde el punto de vista de mi cultura, usando ideas, conceptos, valores y creencias que constituyen la otra cultura". Este es el llamado de Damaska<sup>63</sup> cuando expone sobre las dificultades de asimilar a priori sistemas jurídicos diversos; son los peligros de la transpolación normativa sin un adecuado cambio y aprehensión de las culturas. La efectividad de una norma depende altamente de su correcta interpretación, de su correcto entendimiento y esta implica, cuando importamos institutos normativos, superar la distancia entre dos culturas,

porque una norma es una expresión vívida de un contexto cultural. La eficacia de la interpretación pende 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 de la misma familia, pueden ser tan diferentes que ni el concepto de derecho le sea común; la explicación a esto es que en la enunciación de una norma, influye la política, la cultura, las costumbres, es así como un jurista italiano entiende más fácil un francés o un español, menos fácil un alemán, pero no entiende casi nada de un inglés<sup>64</sup>.*

## 4. EL NUEVO ROL DEL DERECHO PROCESAL

Para concluir, se perfilan los aspectos más relevantes de la dinámica que le imprime el debido proceso al derecho procesal, que aportan fundamentos para elaborar ideas de "justicia material" o de "prevalencia del derecho sustancial":

- 
- 61 "El modelo jerárquico fortalece un proceso de múltiples instancias donde incluso la valoración de la prueba puede cambiar por aparecer nueva prueba. La decisión de primera instancia tiene un tono de provisional, por eso este modelo asume el derecho de apelación como derecho fundamental, garantías del debido proceso (pg.101). El expediente es cada vez mayor, reescrito y reinterpretado. El aparato jerárquico sujeto a la ley de parkinson hace todo lo posible por monopolizar toda la actividad procesal, desconfía de la actividad judicial privada..." DAMASKA, Mirjan.. I volti della giustizia e del potere. Bologna: Il Mulino, 2005. Traducción Michele Taruffo.
  - 62 Como en el caso de Colombia, la implementación del sistema acusatorio en el proceso penal, al estilo norteamericano. Ver código penal y de procedimiento penal colombianos. Leyer.
  - 63 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.
  - 64 TARUFFO, Michele. Sobre las Fronteras, escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis. 2006.

"... es a menudo la jurisdicción, y no la legislación sustancial, la que atribuye relevancia jurídica a intereses y situaciones de hecho"<sup>65</sup>. Este es el juez que crea derecho sustancial, que complementa la norma o le da una novedosa interpretación, pero siempre actuará bajo el debido proceso.

"...el legislador sustancial es incapaz de seguir de cerca la evolución de la sociedad y de sus problemas, y de satisfacer de una manera adecuada la necesidad de derecho que ésta expresa. Corresponde al juez, cada vez con más frecuencia, hacer aquello de que el legislador no es capaz, o sea, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos"<sup>66</sup>. Ejemplos comunes se encuentran en el servicio público de salud a cargo del Estado y la multiplicidad de derechos que en conexidad con la vida ha protegido el juez colombiano a través de la tutela. Este es el juez que garantiza la evolución del derecho hacia la realidad social en correspondencia con las necesidades de los ciudadanos, pero lo hace a través de la racionalidad en la decisión.

"... es sabido que muchos de los llamados nuevos derechos tienen origen en la creación jurisprudencial que da cuerpo y sustancia a principios generales de justicia y a la necesidad de tutela, en ocasiones (pero no siempre ni necesariamente) partiendo de una interpretación que da concreción a las

garantías constitucionales"<sup>67</sup>. Este es el juez que legisla, pero que siempre se valida a través del debido proceso y de la decisión racional-justa.

... hace tiempo que se ha constatado, desde una perspectiva más realista que la de la dogmática imperante en Europa, que en muchos casos *remedies precede rights*, es decir, que sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales. Así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción ya no es secundaria o subsidiaria respecto al derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial<sup>68</sup>.

Ya no es la preexistencia del derecho sustancial lo que permite el desarrollo del proceso ni, mucho menos, de la función del juez. Esta es la tendencia hacia la "total justice"<sup>69</sup> o hacia una justicia abierta para las situaciones de necesidad, bien sea preventiva o resarcitoria. En este sentido se deben pensar instrumentos adecuados capaces de permitir al juez tomar una decisión efectiva y realizable en la sociedad.

A manera de conclusión se puede decir que una idea de justicia procesal contemporánea implica que "las decisiones judiciales tiendan lo más posible a ser sustancialmente justas, o sea, fundadas en una fijación verdadera de los hechos y en una

65 TARUFFO, op.cit. La justicia civil...pag. 140

66 TARUFFO, op.cit. La justicia civil,...pag. 141.

67 TARUFFO, op.cit. La justicia civil..Pág. 140

68 TARUFFO, op.cit. La justicia civil....Pág. 141

69 Así por ejemplo, no es claro si el derecho a una tutela judicial efectiva comprende también el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, y cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas. Además, parece evidente que en muchos casos, desde los derecho de libertad a la defensa de la integridad del ambiente, la verdadera tutela es la preventiva o inhibitoria, y no la meramente resarcitoria. TARUFFO, op.cit. La justicia civil...Pág. 143

*interpretación válida de las normas que los regulan*"<sup>70</sup>. Como sostiene Merengo "la objetividad no consiste hoy en la verificabilidad empírica sino en la Inter. subjetividad de criterios"<sup>71</sup> y agrega Taruffo citando a Ferrajoli: "es el Estado de Derecho, más que las reglas formales de la

*democracia, lo que representa el fundamento de la tutela de los sujetos más débiles, y en general de todos aquellos que son titulares de derechos, frente a la agresiva invasión de los poderes económicos fuertes, y frente a un poder político que se hace esclavo de los intereses privados*"<sup>72</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2001. 7ª. Edición.

CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho procesal civil. T. I y II. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo. Editorial Uteha. Buenos Aires, Argentina, 1944. Reimpresión 1993.

CARNELUTTI, Franceso. Trattato del processo civile. Napoli: Morano, 1958

CHARLIONI, Sergio. In [www.associazionemagistrati.it/civile\\_dicembre/Chiarloni.doc](http://www.associazionemagistrati.it/civile_dicembre/Chiarloni.doc)

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%20para%20el%20debido%20proceso%20legal)

DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere. Bologna: Il Mulino, 2005. Traducción Michele Taruffo.

DE SOUSA, Boaventura y otro. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2001

DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In Rivista di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffré, 1984.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1996.

DENTI, Vittorio. Valori Costituzionali e Cultura Processuale. In Revista Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1984. pag. 443 a 464. il diritto alla equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale.

GARCIA, Juan Antonio. Ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Temis, 2003.

---

70 TARUFFO, op.cit. Justicia civil opción residual o alternativa posible. Pág. 148.

71 "... lóbiettività non consiste nella verificabilità empírica, ma semplicemente nella intersoggettività dei criteri". MERENGO La discrezionalità del giudice civile, Torino, Giappichelli, 1996, Pág.178.

72 Citado por TARUFFO, op.cit. Justicia civil, opción residual o alternativa posible?

- GONZALEZ, Elvia. La hermenéutica. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* México: Distribuciones Fontamara S.A. 3°. Ed. 2001
- LACHINA, Sergio. Giusto processo, laboriosa Utopia. En Revista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2005.
- LOPEZ, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Temis, 2006.
- MERENGO La discrezionalità del giudice civile, Torino, Giappichelli, 1996.
- PIZZORUSSO y otro. Comentario della costituzione. La magistratura. Tomo III. Bologna: Zanichelli, 1992.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires, 1978
- TARUFFO, Michele. Onore della prova. Padova: Cedam, 1979.
- TARUFFO, Michele. Justicia civil, ¿opción residual o alternativa posible?. Traductor Perfecto Andrés Ibáñez. 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. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005
- TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá: Temis, 2006.
- TROCKER, Nicolo. Processo civile e costituzione. Milano: Giuffrè, 1974
- WROBLESKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988.
- WROBLESKI, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1989.
- ZULETA, Estanislao. Acerca de la ideología en Elogio de la dificultad y otros ensayos. Cali: Feriva, 1994.

## **Sentencias**

- Corte Constitucional, Sentencia T-406 de junio 5 de 1992. M.P.Ciro Angarita Barón
- Corte Constitucional Sentencia T-0191 de 1993
- Corte Constitucional Auto 010 de 1996
- Corte Constitucional Sentencia T-352 de 1994
- Corte Constitucional Sentencia T-172 de 1994
- Corte Constitucional Sentencia C-446 de 1997
- Corte Constitucional Sentencia C-736 de 2002