

Artículo estudiantil

*Patricia Bastidas Mora**

La constitucionalización del proceso

Recibido: 14 de enero de 2009. Aprobado: 26 de febrero de 2009.

RESUMEN

Este artículo pretende demostrar cómo, el tránsito del positivismo al constitucionalismo que deriva en la constitucionalización del derecho en general y del derecho procesal en particular, implica una transformación del universo jurídico, una nueva manera de entender las fuentes del derecho y de administrar justicia.

Palabras claves: Constitución, derecho procesal, justicia, Estado de derecho, garantías constitucionales, debido proceso.

ABSTRACT

This article intends to demonstrate how the transition from positivism to constitutionalism that originates in the *constitutionalization* of law in general, and procedural law in particular, implies a transformation of the juridical world and a new way of understanding the foundations of law and the administration of justice.

Key words: Constitution, procedural law, justice, Constitutional State, Constitutional Rights, due process.

* Abogada, especialista en Instituciones jurídico Procesales y Derecho Constitucional. Coordinadora del grupo de investigación *Historia Constitucional Comparada* de la Universidad Nacional de Colombia. Docente en la Fundación Universitaria Los Libertadores en Bogotá, Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se produce la “constitucionalización” del derecho en general y del derecho procesal en particular. Ello implica que corresponde a los administradores de justicia, interpretar la ley a aplicar, de conformidad con los principios, valores y preceptivas constitucionales, precisándose entender y admitir una nueva concepción del ordenamiento jurídico que escapa al método positivista en donde los derechos ya no dependen de la ley sino del balanceo entre bienes jurídicos. No se trata ya de un Estado que actúa a través del Derecho que produce, carente en ocasiones de contenido, sino de un Estado que reconoce la vigencia de la ley sí, empero sometida al estrato más alto del derecho: la constitución.

El filósofo del Derecho belga de origen polaco Chaïm Perelman (1912-1984) señala:

Cuando el funcionamiento de la justicia deja de ser puramente formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta indicar que la decisión se ha tomado bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal. Hay que demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil. Con ello la autoridad y el poder del juez se acrecientan y es normal que el juez justifique mediante una argumentación adecuada como ha usado de su autoridad y su poder [...]. En una sociedad democrática es imposible mantener la visión positivista según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado y no solo impuesto por medio de la coacción¹.

Este artículo pretende demostrar cómo, el tránsito del positivismo al constitucionalismo que deriva en la constitucionalización del derecho en general y del derecho procesal en particular, implica una transformación del universo jurídico, una nueva manera de entender las fuentes del derecho y de administrar justicia, ya el operador jurídico, no le rinde culto a la ley. Nos encontramos frente a una nueva manera de asumir la tarea de creación de normas en la medida en que los tribunales constitucionales han terminado por estatuirse como legisladores positivos asumiendo una tarea efectiva de creación de ellas, sin limitarse únicamente a expulsar del ordenamiento jurídico aquellas que sean contrarias al ordenamiento constitucional sino que además, incorporan a través de sus decisiones, nuevas disposiciones.

Son los diferentes mecanismos de interpretación, las modalidades de fallos de constitucionalidad: primero, sentencias que declararan la inconstitucionalidad de una norma, en las cuales, la Corte no solo declara la inconstitucionalidad de una norma sub examine con el ordenamiento superior, sino que a su vez decreta la expulsión del ordenamiento jurídico, en las cuales el órgano actúa como legislador negativo,

¹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.

en tanto que repele un mandato legal proveniente del legislativo del ordenamiento jurídico; vinculando así, tanto al legislador como a todos los administradores de justicia; segundo, sentencias interpretativas o condicionadas en las cuales la declaración de inconstitucionalidad no conduce a la declaratoria de nulidad de la norma y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico sino que está en presencia de eventos en los cuales la Corte determina frente a una norma susceptible de varias interpretaciones, cuáles resultan adecuadas al ordenamiento superior y cuáles no, las que se su vez, se dividen en interpretativas desestimatorias e interpretativas estimatorias o de inconstitucionalidad parcial. La naturaleza de sus efectos suministra elementos suficientes para afirmar que los tribunales constitucionales son legisladores positivos.

La construcción del proceso a partir de la constitución obedece esencialmente a la profunda carrera de agitación histórica que puso en crisis al positivismo formalista que además, forzó a una nueva concepción de lo jurídico como ámbito de articulación de las relaciones sociales; es una consecuencia directa de la incapacidad del Estado legalista para hacer del derecho la única alternativa de vida civilizada².

Los regímenes absolutistas habían desconocido y conculcado los derechos y libertades individuales, el movimiento constitucionalista liberal que se originó en Inglaterra a finales del siglo XVII³ y se extendió por el resto de Europa y América a lo largo del siglo XVIII, tuvo como meta el reconocimiento formal de tales derechos abrazando la idea de que el Derecho Constitucional debía ocuparse principalmente de la consagración y garantía de esos derechos y libertades⁴.

2. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En la época preconstitucional, el fundamento del poder radicó en un principio de desigualdad natural entre los hombres tanto *de facto* como *de jure* conforme al cual, unos nacían para gobernar y otros estaban destinados a servir a sus gobernantes, tal como lo consideraba Aristóteles en la justificación de la esclavitud. Ese estado de desigualdad extrema, deslegitimó el poder dando origen a grandes luchas que propugnaron por la vigencia del principio de la igualdad, fundamento de un Estado constitucional que rompe con una tradición milenaria⁵. En el absolutismo, el poder político es delegado por Dios en la persona del monarca quien lo adopta de manera ilimitada, ya que se trata de una manifestación del poder de Dios en la tierra.

Partiendo de los planteamientos del filósofo inglés John Locke (1632-1704), se afirma la igualdad de los hombres y el rechazo a la esclavitud, además de que se sostiene que el poder es algo artificial que requiere de una justificación y que debe construirse. Viene

² Urbano Martínez, José Joaquín, *El Sistema Procesal Penal en el Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000, p. 12.

³ Otra opinión: Marquardt, Bernd, *El Estado de la paz interna y e la organización judicial en el caso de Europa (1495-1775)*, tomo 2 de la *Historia Universal del Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y La Carreta, 2009, pp. 67 y ss.

⁴ Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones políticas*, Bogotá, Ed. Temis, 2006, p. 259.

⁵ Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 22.

con el tiempo el cuestionamiento de la vocación divina del poder, este deja de asumirse con advocaciones místicas y empieza a asumirse como expresión de la humanidad, y se entiende que es el colectivo social el que es capaz de organizarse y de trazar su rumbo de vida. El viraje en la legitimación del poder público tiene grandes consecuencias en el ámbito del poder de creación del derecho. Si el poder no es divino sino humano, es limitado como todas las facultades de los seres humanos. A partir de esa vocación humanista, se configuran límites determinados para el ejercicio del poder que están regulados por el derecho positivo y que vincula por vía de la ley a los jueces⁶.

En efecto, en el paso del absolutismo al liberalismo fue la ley como máxima expresión del derecho positivo y como estatuto de ordenación jurídica del poder basado en el principio de igualdad, la que logró imponer límites al ejercicio del poder político en general, así que, cuando se afirmaba que el juez era la boca de la ley, lo que se pretendía era despojar de la arbitrariedad de la que anteriormente eran titulares los jueces y ceñir sus decisiones a estrictos marcos normativos, pues como lo expone el constitucionalista alemán Otto Bachof (1914-2006):

El liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían una gran fe en la ley, no desconfiaban del legislador sino del juez⁷.

Originariamente, el sometimiento del poder del monarca y de los jueces a la ley, constituye un avance liberal ante un poder que hasta entonces se ejercía sin limitación alguna, más aun si esa ley implicaba una referencia originaria a la voluntad general. Luego, el principio de legalidad formal se degrada ya que fue incapaz de propiciar unas mínimas condiciones de justicia social, de equilibrio de las relaciones de producción y de distribución, de tal manera que se orientaran hacia la igualdad económica, situación que hace que la ley ya no sea asumida como un ámbito de limitación del poder sino como un ámbito formal de regulación del poder, como un espacio a través del cual se propician manifestaciones de injusticia. Se produce un vaciamiento del contenido garantizador de la ley y así se impone un giro tanto en la fundamentación del derecho como en la naturaleza de la función judicial⁸.

Con el surgimiento del Estado constitucional, ese principio de desigualdad se invierte postulándose el principio de igualdad conforme al cual todos los hombres son iguales y por ende titulares de derechos.

Una parte fundamental de ese giro está determinada por el constitucionalismo norteamericano, a comienzos del siglo XIX, en tanto su Constitución abierta de 1787⁹ no estuvo en contra del modelo de la protección de la Constitución ante una Corte Suprema y va adquiriendo mayor eficacia al contemplar mecanismos para someter las leyes a un control que permita desechar aquellas que se reputen contrarias a los textos

⁶ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 49.

⁷ Bachof, *Jueces y Constitución*, op. cit., p. 49.

⁸ Aja, Eliseo, *El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales europeos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998, p. 11.

⁹ *Constitution of the United States* (17.09.1787). Ed. por: DIPP, HORST (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, Sources on the Rise of Modern Constitutionalism, America*, Vol. 1/1, *Constitutional Documents of the United States of America 1776-1860, National Constitutions & State Constitutions (Alabama - Frankland)*, Múnich, K. G. Saur Verlag, 2006, pp. 45-69.

constitucionales configurándose así, el control judicial de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1803, dentro del caso de *Marbury contra Madison*¹⁰, sentencia que reconoció a los jueces la facultad de dejar de aplicar una ley proferida por el congreso cuando se considerara contraria a la constitución política¹¹. Ella se motivó indicando que si bien los jueces estaban sometidos a las leyes, ellos no podían aplicar una ley contraria a la constitución pues si ellos estuvieren compelidos a hacerlo, esto sería el reflejo de la capacidad de las leyes para modificar la carta y constituiría además la afirmación de que ella no tendría ningún efecto vinculante sobre la instancia legislativa.

En el republicanismo hispanoamericano, se desarrollaron a partir de la década de 1840 estructuras similares. Se pueden identificar las raíces en el *Amparo* de la constitución liberal de México de 1857¹². En el caso de Colombia, se dieron los primeros intentos en los decenios liberales de 1853 a 1885, y la reforma de 1910 confió la “guarda de la integridad de la constitución [...] a la Corte Suprema de Justicia”, inclusive la competencia de anular “todas las leyes o decretos acusados [...]”¹³.

Para entonces, la Europa del largo siglo XIX se encontraba en un contexto histórico completamente diferente pues, no obstante la referencia al contractualismo como ámbito originario del poder público, las constituciones se concebían como concesiones de los monarcas¹⁴. No eran pues instrumentos políticos que determinaran las condiciones en que debería cumplirse la organización política del colectivo social. En ese contexto, era clara la oposición entre el poder del monarca y el poder del parlamento teniendo en cuenta que, éste pretendía mantener su soberanía, delegada por mayorías electorales: era lógico que se empeñaran en no otorgarle fuerza vinculante a la constitución, pues ella implicaba no un pacto mínimo sobre las relaciones de convivencia, sino un acto unilateral de imposición del soberano. Así, el surgimiento del constitucionalismo republicano en Europa tardó más de cien años, en relación con Estados Unidos.

En varios Estados de la Europa central, la idea de la justicia constitucional empezó a forjarse en la segunda mitad del siglo XIX, por la necesidad de solucionar los conflictos de competencia que, en el ámbito de la ley, surgían entre la federación y los Estados federados y que no podían ser resueltos por jueces ordinarios. Este fenómeno propició el espacio para superar el Estado legal de Derecho, ya que los jueces fueron extendiendo

¹⁰ U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (04.05.2009).

¹¹ Al respecto: Ahumada Ruiz, María Ángeles, “Marbury versus Madison, Doscientos años (y más) después”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, No. 4, *La Rebelión de las Leyes*, Oviedo, Junta Principal del Principado de Asturias, 2006, pp. 109-150. Marquardt, Bernd, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2008)*, tomo 3 de la *Historia universal de Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y La Carreta, 2009, p. 235.

¹² Véase: Marquardt, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2008)*, op. cit., pp. 236 y s.

¹³ Art. 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910. Al respecto: Henao Hidrón, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, 12ª Ed., Bogotá, Ed. Temis, 2001, pp. 43 y ss, 137 y ss; Tobo Rodríguez, Javier, *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 3ª Ed., Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 44.

¹⁴ Compárese: Heun, Werner, “El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX”, *Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, No. 2, *Modelos constitucionales en la historia comparada*, Oviedo, Junta Principal del Principado de Asturias, 2000, pp. 559-586.

sus funciones para resolver, no solo los conflictos de competencia que se presentaban entre las leyes federales y las de los cantones en Suiza según la Constitución Federal de 1874¹⁵, sino también, para pronunciarse sobre anulaciones de leyes que resultaran contrarias a la distribución de competencias hechas en la constitución, y luego, sobre anulación de las leyes que tuvieran que aplicarse en casos concretos y que fueran contrarias a ella. Se forjó así, un sistema de control concentrado que actuaba únicamente a solicitud de los gobiernos federados¹⁶.

La confluencia de diversas fuerzas políticas en el parlamento y el temor de que una de ellas por ser mayoritaria y con exclusión de las minorías, variara sustancialmente la conformación del Estado, abrieron el camino para que se impidiera la modificación de la Constitución por una ley; se advirtió entonces que las cartas políticas podían desempeñar un papel importante como instrumentos que garantizaran el mantenimiento de las condiciones del funcionamiento de Estado, aún contra la voluntad de un legislador orientado por una mayoría excluyente. Así, se implantaron procedimientos mucho más exigentes que los requeridos para la modificación de la ley. Se tomó conciencia de que la Constitución como documento público no está al alcance de la instancia legislativa en las mismas condiciones que cualquier ley y que exige para su modificación mayorías calificadas y procedimientos rigurosos¹⁷.

Tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) el constitucionalismo recibe un sustancial impulso por la proliferación del autoritarismo de diverso cuño que permite que se adquiera conciencia de la posibilidad de que las injusticias se cubrieran con el ropaje de formas jurídicas. Se vencen las últimas resistencias contra los tribunales constitucionales, amparados en la subvaloración de las cartas políticas, en la sobrevaloración de la ley y, en la pretensión de asegurar los espacios de poder de los parlamentos para ponerlos fuera del alcance de los jueces. Se recuperan los Tribunales Constitucionales, se les da facultad para anular todo tipo de leyes y se ve en ellos una garantía de la democracia y un mecanismo de defensa de las libertades públicas. Se terminó de dar el giro definitivo hacia el constitucionalismo y los tribunales constitucionales se adoptaron en Austria en 1945 (renovación del intento de 1920 a 1934¹⁸), en Italia con la constitución de 1948, en la República Federal de Alemania con el *Grundgesetz* de 1949, en España con la constitución de 1978, así como en la gran mayoría de los otros países europeos¹⁹.

Es preciso tener claro que, cuando se define un Estado como Constitucional y Democrático de Derecho, no se hace referencia solo al actual momento de la progresión histórica

¹⁵ Texto: *Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, en Webmaster Verfassungen De (Ed.), *Gegenwärtige und historische nationale und internationale Verfassungstexte*, <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm> (04.05.2009).

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª Ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 48.

¹⁷ Urbano Martínez, José Joaquín, "El Derecho Penal del Estado constitucional de Derecho", en López Díaz, Claudia (Ed.), *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

¹⁸ Al respecto: Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

¹⁹ Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, p. 204. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 1ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 165 y ss. Odendahl, Kerstin, "¿Quién es el guardián del Derecho Internacional Público?", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 23, *Constitucionalismo y Derecho Internacional Público*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 141-172, 145 y ss.

del Estado, sino fundamentalmente, a un sistema político y económico orientado hacia la realización de la justicia por medio de la libertad política y la igualdad económica, mediante la configuración democrática y pluralista del poder público. Se trata de un Estado constitucional, republicano y democrático, con cuatro elementos claves: una *res publica* que ha roto con el tipo del reino dinástico; un republicanismo democrático entendido como soberanía del pueblo y un elemento constitucional, en el sentido de un documento formal, una ley fundamental que legitima y limita el poder estatal, creada normalmente a través de una asamblea constituyente y que reclama una prioridad frente a otras leyes; una estructura basada en la división de poderes y un catálogo de derechos fundamentales y finalmente, un Estado moderno en el sentido territorial de la sociedad de masas individualizada²⁰.

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

También el derecho constitucional procesal se basaba hasta hace poco, en el principio de legalidad es decir, el sometimiento del operador jurídico a la ley parlamentaria. Hoy se produce un cambio de paradigma gracias al principio de constitucionalidad, que presupone el establecimiento de límites a la actividad legislativa, bajo el entendido que la fuerza de la ley, no se circunscribe simple y llanamente a su *validez*, es decir, al hecho de ser un producto del trámite legislativo consagrado en la constitución, también exige una *legitimidad* derivada de su concordancia con imperativos de orden sustancial, que reconocen valores ético-políticos como la justicia, la igualdad, la dignidad de las personas y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

A partir de la expedición de la Constitución de Colombia de 1991, se produce la constitucionalización del derecho que se traduce en que corresponde a los administradores de justicia, interpretar las normas legales de conformidad con los valores y principios constitucionales, los cuales no son preceptos cerrados, sino cláusulas abiertas que obligan a un razonamiento jurídico basado en la prudencia, la ponderación, la concordancia práctica o el balanceo entre bienes jurídicos²¹.

4. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL PROCESO

Hoy en día, el proceso en general no se concibe como una simple sucesión de actos que se encuentran legalmente regulados, para disponer en forma ordenada, el ejercicio de una acción, cualquiera sea su naturaleza; tampoco el proceso es ahora el procedimiento que regula los medios para la producción de una decisión judicial en el marco de una controversia, por el contrario, el proceso funde en nuestros días, además de normas de procedimiento, un conjunto de valores y principios que sirven como norte a una actividad procesal justa, en la cual, se respeten los derechos fundamentales de las personas.

Bajo el nuevo modelo constitucional, el proceso se concibe como una garantía jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos, *positivizados* en las constituciones. Es así como, en los tratados internacionales, se postulan garantías procesales que son reiteradas en la mayoría de las constituciones expedidas a partir de la Segunda Guerra Mundial y que para nuestro caso, se encuentran vertidas en el artículo 29 de la norma

²⁰ Marquardt, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2008)*, op. cit., p. 148.

²¹ Uprimny Yepez, Rodrigo y Rodríguez, Andrés, *Interpretación judicial, Modulo de autoformación*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 28.

suprema, en el que se enuncian principios tan relevantes como el de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, acceso a la administración de justicia, proceso rápido sin dilaciones injustificadas, etc.

Hoy en día, se formulan mecanismos de articulación que permiten materializar la doble vinculación del juez a la constitución y a la ley, dispositivos dentro de los cuales se incluye la interpretación de la norma de cara a los valores, principios y preceptos, contenidos en el ordenamiento superior, tesis que aplicada al proceso, supone la adopción de una interpretación de la norma procesal que sin violentar su texto, permita al operador jurídico la realización de la ley y de los principios y valores postulados constitucionalmente. En este nuevo escenario, el operador no desconoce la ley, antes bien, la interpreta de acuerdo a las circunstancias existentes, recurriendo a la argumentación, con el fin de realizar la justicia sin aferrarse a la aplicación literal del texto normativo y sin olvidar que el derecho sustancial prevalece sobre el procedimental.

No puede el proceso aplicarse con apego irreflexivo a la ley. El juzgador debe adaptar las normas a la realidad humana, para culminar con el pronunciamiento de un fallo en el cual se reconozca el derecho sustancial. De igual manera, tiene la obligación de motivar sus decisiones y de indicar el camino recorrido para llegar a ellas, respetando así, el principio de lealtad procesal, que permitiría a las partes la impugnación de la sentencia mediante el rastreo argumentativo dejado por el juez²².

La sentencia T-204 de la Corte Constitucional Colombiana de 2007 señaló que

las formalidades procesales solo se conciben como medios para garantizar la validez y eficacia de los actos procesales, en cuanto estos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales²³,

reafirmando la tesis conforme a la cual se reconoce a la norma procesal un carácter eminentemente instrumental, debido a que su implementación, obedece a la necesidad de regular legalmente el ejercicio de una acción, sin que sea dable desconocer que su cometido es el de servir como medio para la efectividad del derecho sustancial.

5. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN TODO TIPO DE PROCESO

Como hemos afirmado antes, el Derecho Constitucional Procesal se basaba hasta hace poco en el principio de legalidad, según el cual, el operador jurídico *estaba sometido al imperio de la ley*, y al legislador le correspondía emitir el derecho que regularía las relaciones entre los hombres. Hoy, el Estado Constitucional de Derecho, se rige por el principio de constitucionalidad cuyo vigor supone límites a la actividad legislativa, bajo el presupuesto de que la fuerza normativa de la ley, no se circunscribe únicamente a su validez formal sino que debe estar necesariamente revestida de legitimidad, es decir, debe reconocer valores ético-políticos tales como la justicia, la igualdad, la dignidad de las personas y el respeto de sus derechos fundamentales.

²² Villamil Portilla, Edgardo, *Estructura d la sentencia judicial*, Bogotá, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, p. 30.

²³ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T 204 de 2007*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La constitucionalización del derecho se traduce en varios postulados a saber:

1. La legitimidad del sistema jurídico, de las normas y dentro de éstas, las normas procesales condicionadas a la aptitud que tengan para servir como instrumento idóneo para el reconocimiento, tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
2. Se propugna por el sometimiento del operador jurídico a la ley, pero siempre y cuando esta se encuentre impregnada de valores y principios postulados por el ordenamiento superior.
3. Una nueva visión en torno a cómo ha de actuar el operador jurídico, quien acudirá a nuevos métodos de interpretación de la norma, buscando ante todo, el valor en el cual se inspira la misma, y el principio que le sirve de apoyo.

Concepción del Derecho que impone una nueva visión del proceso, basado en la vigencia de valores como la justicia, la igualdad, la libertad, el orden justo, etc.

6. DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

Art. 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991 expone:

El debido proceso se aplicara 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 le 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 publico 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 proceso²⁴.

Dentro del plexo de garantías que regentan desde el ordenamiento superior el curso del proceso, se encuentra en primera instancia el debido proceso, adoptado como derecho fundamental de aplicación inmediata en el cual se establecen los trámites y formas que rigen la instrucción y resolución de la causa, fijando límites a la actividad del Estado, a fin de evitar que se cercenen garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso.

²⁴ Gómez Sierra, Francisco (Ed.), *Constitución Política de Colombia anotada*, 25ª Ed., Bogotá, Ed. Leyer, 2008.

Así, el debido proceso que antes comprendía cuatro garantías: principio de legalidad del delito y de la pena, legalidad del proceso, respeto a las formas propias del juicio, principio de favorabilidad y el derecho a la defensa, hoy alberga una serie de garantías: Legalidad del delito y de la pena, legalidad del procedimiento, respeto a las formas propias del juicio, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho de contradicción de la prueba, derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, derecho de impugnación, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Postulados a los cuales se agregan otras garantías que no están expresamente enunciadas en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, pero que aparecen plasmados en otros preceptos de la carta y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Vale la pena destacar que dentro de los caracteres del Estado Colombiano se comprende el respeto a la dignidad humana, postulado que sin discusión alguna debe inspirar todas las actuaciones del Estado irradiando el curso de todo tipo de procesos²⁵.

El debido proceso es un derecho de contenido complejo que incluye garantías formales y materiales, y además, es una norma abierta, cuyo contenido corresponde precisar al juzgador, teniendo en cuenta que este principio está ligado a un orden justo, en el cual se respetan los derechos fundamentales de las personas.

Bajo el nuevo Derecho Procesal Constitucional, adquiere el principio de la cosa juzgada una nueva dimensión, ya que existe la presunción de la inmutabilidad de las sentencias judiciales en observancia de la seguridad jurídica, pero a condición de que dicha sentencia, contenga un mínimo de justicia material; lo que implica un cambio en la aplicación del derecho que supone el abandono del principio de seguridad jurídica en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial y la primacía de los derechos fundamentales, bajo el entendido de que a ninguna sentencia se le puede reconocer un carácter supraconstitucional sin que haya garantizado prevalencia del derecho sustancial.

El debido proceso permite limitar los poderes asignados a los administradores de justicia quienes no podrán ejercer de cualquier manera, la función a ellos encomendada, sino que estarán sujetos a la normatividad que determina el tiempo, la forma y las condiciones en las cuales han de desarrollarse las actuaciones tanto del director del proceso, como de los sujetos que intervienen en su curso y todo esto en un plano de igualdad.

Otra de las garantías aplicables a los procesos judiciales se traduce en el derecho a un proceso público que tiene como finalidad, la protección a las partes intervinientes en un proceso mediante el control social ejercido por la comunidad.

Ahora bien, el derecho a un proceso público, admite restricciones a fin de garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales, que en cierto momento entran en conflicto, como es el caso de su aplicación al proceso penal reservado para la etapa del juicio.

²⁵ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T 463 del 16 de julio de 1992*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El debido proceso ampara también el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable bajo el entendido de que la administración de justicia debe cumplir la función asignada en términos rápidos y ágiles es decir, sin dilación indebida y atendiendo criterios objetivos razonables.

El debido proceso involucra como garantía fundamental el derecho a la defensa fundado primordialmente en el respeto a la dignidad humana, teniendo en cuenta que la construcción del proceso actual no parte de degradar a la persona a simple objeto de un pronunciamiento judicial, sino por el contrario, partiendo de la aceptación de un principio democrático, busca la real y efectiva participación de todas las personas que puedan verse afectadas con la determinación adoptada en el curso de una actuación judicial.

7. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El principio de la tutela judicial efectiva no figura con ese nombre en la Constitución Política de Colombia de 1991, pero tiene vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano y encuentra referentes en el ordenamiento superior y lo tratados internacionales vigentes en Colombia: la misma Corte Constitucional, ha reconocido en varios pronunciamientos el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho involucra varias prerrogativas, a saber:

1. Todas las personas pueden acceder a la administración de justicia.
2. Toda persona tiene derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho y congruente, de donde se deriva la obligación del juez de motivar la sentencia, ya que no puede basarse en su criterio personal sobre lo justo o indicando que se atuvo a la ley, sino que debe suministrar las razones de su decisión, refutando las objeciones que se le puedan oponer²⁶.

Edgardo Villamil Portilla profundiza:

Un ordenamiento jurídico evolucionado solo considera admisibles aquellas decisiones fundamentadas en juicios, criterios o parámetros claramente identificables que puedan ser examinados desde una perspectiva externa a la decisión misma [...]»²⁷.

3. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.
4. El derecho a impugnar los fallos judiciales que tiene relación directa con el deber del juez de motivar la decisión, y con el principio de lealtad procesal, ya que la impugnación requiere por parte del apelante, el rastreo argumentativo dejado por el juez a fin de poder identificar el sustento lógico de sus conclusiones.

²⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo "La motivación de las sentencias y el papel del juez en el estado Social y Democrático de Derecho", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995, pp. 131-139.

²⁷ Villamil Portilla, Edgardo, *Estructura y redacción de la sentencia judicial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia_laboral/09.%20estructura%20de%20la%20sentencia.pdf (04.05.2009), p. 32.

CONCLUSIONES

El Estado Constitucional de Derecho anclado en el constitucionalismo, ha terminado por desplazar al Estado Legal de Derecho fundado en el positivismo jurídico. Desde una perspectiva teórica se ha desplazado la visión exclusivamente estatista del derecho y su interpretación como tarea mecánica de subsunción. Y desde una perspectiva ideológica, se ha desplazado la percepción de que el derecho por el solo hecho de serlo garantizaba ciertos valores morales.

El constitucionalismo ha trastocado las fuentes del proceso y del derecho, pues la Constitución no solamente distribuye formalmente el poder sino que además, tiene un contenido material que configura unos principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores, y que, configuran a la legislación, la administración y la jurisdicción.

Por otro lado, el parlamento ha perdido su connotación de soberano, bajo la cual se amparó durante el positivismo: hoy está compelido a ejercer la labor de legislar no con la amplia libertad del pasado sino basándose en los referentes normativos superiores.

De igual manera, la función judicial como subsunción de normas inferiores en normas superiores, se ve desplazada por una nueva función judicial ligada a la ponderación de principios y valores; y finalmente, la jerarquía institucional se ha desplazado desde la instancia parlamentaria hasta la los Tribunales Constitucionales. Surge la imposición para el operador jurídico de interpretar la ley conforme a los valores, principios y preceptivas constitucionales.

Se puede resumir con el constitucionalista español Luis Prieto Sanchis:

Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido definitivamente vencido. Pues el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del derecho y el juez ha salido entre la alternativa entre «boca muda» o «juez legislador»; y la moral ya no penetra en el derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho mas difusamente entre en una simbiosis entre constitución y jurisdicción, es decir entre los principios y valores constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación²⁸.

²⁸ Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Ed. Fontamara, 1997, p. 203.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, María Ángeles, “Marbury versus Madison, Doscientos años (y más) después”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, No. 4, *La Rebelión de las Leyes*, Oviedo, Junta Principal del Principado de Asturias, 2006, pp. 109-150.
- Aja, Eliseo, *El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales europeos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.
- Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1985.
- Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, en Webmaster Verfassungen De (Ed.), *Gegenwärtige und historische nationale und internationale Verfassungstexte*, <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm> (04.05.2009).
- Constitution of the United States* (17.09.1787). Ed. por: DIPPEL, HORST (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, Sources on the Rise of Modern Constitutionalism, America*, Vol. 1/1, *Constitutional Documents of the United States of America 1776-1860, National Constitutions & State Constitutions (Alabama - Frankland)*, Múnich, K. G. Saur Verlag, 2006, pp. 45-69.
- Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T 463 del 16 de julio de 1992*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- , *Sentencia T 204 de 2007*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984.
- Gómez Sierra, Francisco (Ed.), *Constitución Política de Colombia anotada*, 25ª Ed., Bogotá, Ed. Leyer, 2008.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 1ª reimpression, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Henao Hidrón, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, 12ª Ed., Bogotá, Ed. Temis, 2001.
- Heun, Werner, “El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX”, *Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, No. 2, *Modelos constitucionales en la historia comparada*, Oviedo, Junta Principal del Principado de Asturias, 2000, pp. 559-586.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Marquardt, Bernd, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2008)*, tomo 3 de la *Historia universal de Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y La Carreta, 2009.

- , *El Estado de la paz interna y e la organización judicial en el caso de Europa (1495-1775)*, tomo 2 de la *Historia Universal del Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y La Carreta, 2009.
- Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.
- Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones políticas*, Bogotá, Ed. Temis, 2006.
- Odendahl, Kerstin, “¿Quién es el guardián del Derecho Internacional Público?”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 23, *Constitucionalismo y Derecho Internacional Público*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 141-172.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª Ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995.
- Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Ed. Fontamara, 1997.
- Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Tobo Rodríguez, Javier, *La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 3ª Ed., Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- Uprimny Yepes, Rodrigo “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995, pp. 131-139.
- Uprimny Yepez, Rodrigo y Rodríguez, Andrés, *Interpretación judicial, Modulo de autoformación*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003.
- Urbano Martínez, José Joaquín, “El Derecho Penal del Estado constitucional de Derecho”, en López Díaz, Claudia (Ed.), *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- , *El sistema procesal penal en el constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- Villamil Portilla, Edgardo, *Estructura y redacción de la sentencia judicial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia_laboral/09.%20estructura%20de%20la%20sentencia.pdf (04.05.2009).
- U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (04.05.2009).