

Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso

Armando Luis Calle Calderón*

1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La fórmula que se encuentra regulada en el artículo 1° de la Constitución de 1991, según la cual se define al Estado colombiano como social de derecho y que encuentra fundamental respaldo y ampliación de su espectro normativo en el resto del Texto Constitucional (especialmente en el título II, que permite recepcionar sin dificultad el texto y el sentido de lo democrático¹, más material y sustancial que formal, desde los derechos fundamentales) y en todas las demás normas que le integran, como los tratados públicos sobre derechos humanos y derecho humanitario²,

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

¹ ANTONIO PÉREZ LUÑO resalta el esfuerzo doctrinal del "sector más progresista de los intérpretes de la *Grundgesetz*, tendente a potenciar la virtualidad del principio democrático en el seno del Estado social de derecho. Ahora bien, estas posturas teóricas no postulaban la conformación de un Estado democrático de derecho como alternativa al Estado social, sino que, como se ha expuesto, insistían en la íntima y necesaria conexión de los principios democrático y social con el Estado de derecho, frente a las interpretaciones conservadoras que impugnaban la posibilidad de su complementariedad y abogaban por una interpretación fragmentaria y programática de tales principios", véase *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, pág. 229. En el mismo sentido FERRAJOLI, ver "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, núms. 16 y 17, pág. 65.

² Se hace relación así al fenómeno que en la dogmática constitucional de hoy se llama "el bloque de constitucionalidad", ampliamente tratado por la doctrina extranjera (véase por todos a FRANCISCO RUBIO LLORENTE y LOUIS FAVOREU, *El bloque de constitucionalidad*) y de

es realmente de una importancia sin precedentes en nuestro constitucionalismo. Y no precisamente por la mera enunciación y regulación normativa, ya existente desde la reforma constitucional de 1936, sino por la potencialización que necesariamente se produjo por la introducción de otros principios constitucionales de igual eficacia y justiciabilidad, así como por la definición de los instrumentos de guarda y protección de los derechos fundamentales. Por supuesto, también porque desde la base del pacto constituyente se expresaba así el compromiso por la articulación de los términos políticos para una nueva y mejor concepción del poder y de la democracia.

El Estado social de derecho surgió en la cultura de Occidente no como gracia, merced o concesión del Estado, sino como fruto de una dispendiosa lucha política por la transformación del Estado liberal en algo más que los formales e irrealizados reconocimientos de derechos libertarios y autonomías individuales. La segunda década de la presente centuria sería decisiva. Eventos como la revolución mexicana, la primera gran guerra y la revolución bolchevique van a exigir la incorporación a los textos normativos constitucionales de las condiciones para las transformaciones necesarias en las instituciones estatales. La Constitución de Weimar de 1919, tras el Tratado de Versalles, de rendición de la Alemania imperial, regula normativamente y quizás por primera vez el Estado social de derecho. Se trata, ni más ni menos, del abandono del dogma del *laissez faire* en favor del intervencionismo de Estado en los procesos económicos de modernización. “El Estado social de derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro. Su componente socialista democrático se traduce en la superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia”³.

Que así, se trata de una fórmula que supera, política y filosóficamente, la situación de menoscabo en que fueron colocados los derechos y las garantías individuales por los Estados “socialistas” y defensoristas, que en la paradoja más dramática consintieron en la idea de un Estado que intervenía fuertemente para proponer correctivos de cara a la superación de insostenibles condiciones de injusticia y desigualdad, al tiempo que se entendía legitimado para fracturar la herencia liberal que el ideario revo-

algún modo en la doctrina nacional (por todos, BERNARDITA PÉREZ RESTREPO, *Elementos para la recepción de la doctrina del 'bloque de constitucionalidad' en nuestro orden jurídico*, págs. 6 a 17). Y también considerado por la doctrina de la Corte Constitucional, véase sent. C-225, mayo de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

³ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, págs. 223 y 224.

lucionario había hecho esencia fundamental de sus más altas convicciones por una nueva comprensión del hombre y del poder. Es decir, los derechos y las garantías individuales⁴.

En la fórmula del “Estado social y democrático de derecho”, entonces no cabe el dilema que se propone entre libertades y poder, o entre individualismo y “socialismo”, o entre racionalismo y empirismo, o entre lo social y lo democrático, o entre la sociedad y el individuo; que, por ejemplo, muchos en Colombia han visto entre los artículos 1º y 5º de la Constitución (“... prevalencia del interés general” y “... primacía de los derechos inalienables de la persona...”). Y que a algunos les ha servido como “piedra de toque” para llamar la atención sobre los peligros que en los procesos de criminalización podrían advenir de la mano de la concepción del Estado social y no democrático y liberal⁵.

La fórmula del “Estado social y democrático de derecho” supone en fin la vigencia de las garantías individuales, sin lugar a dudas la más formidable herencia política de los proyectos de la modernidad y en favor de la libertad y de la limitación del poder, pero al mismo tiempo el reconocimiento y la efectividad de los derechos “positivos” o de prestación. Que se trata de un asunto resueltamente bien documentado por FERRAJOLI, cuando discute sobre la dialéctica propia de los derechos “penal máximo” y “penal mínimo”:

“... Es tal vez superfluo precisar que los significados de estas fórmulas no son ni lógica ni políticamente coincidentes con las más habituales de ‘Estado mínimo’ y ‘Estado máximo’, de las que sin embargo son paráfrasis. Donde estas fórmulas designan respectivamente a sistemas políticos en los que es máxima o mínima la intervención del Estado en la satisfacción de expectativas o de derecho a prestaciones positivas (al trabajo, a la salud, a la instrucción, a la vivienda y similares) y corresponden una al modelo del Estado liberal clásico y la otra al del moderno Estado social, las expresiones ‘derecho penal mínimo’ y ‘derecho penal máximo’ designan en cambio sistemas jurídicos donde es mínima o máxima la intervención del Estado en la restricción de las libertades negativas. El análisis de las relaciones entre los dos órdenes de sistemas comporta problemas fundamentales de teoría política a los que solo podré aludir en el capítulo 13. Aquí baste decir que un Estado social máximo puede convivir perfectamente con un derecho penal mínimo, y un estado social mínimo puede igualmente convivir —como por desgracia la historia demuestra ampliamente— con un derecho penal máximo; y que, más todavía, la conjunción entre estado social máximo y derecho penal mínimo expresa precisamente aquel conjunto de deberes públicos de los órganos estatales —positivos (u obligaciones) y negativos (o prohibiciones)— que ca-

⁴ “... el Estado social lejos de implicar un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico del Estado de derecho, ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad. De ahí que el Estado social de derecho entrañe la integración de los principios de libertad y de solidaridad, antes contrapuestos” (PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pág. 229).

⁵ Véase a IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*.

racterizan al estado de derecho en su forma más compleja y desarrollada, idónea para maximizar los vínculos del poder estatal y, a la vez, sus funciones de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”⁶.

De todos modos, el tránsito del Estado de derecho, como un recurso instrumental al control de los poderes despóticos de las monarquías existentes en el siglo XVIII, al Estado social y democrático de derecho, ha significado esencialmente el reconocimiento de las transformaciones⁷ siguientes:

a) Necesidad de continuidad entre los principios del Estado social y democrático y del Estado de derecho: la necesidad del reconocimiento de la apelación a la ciudadanía para la toma de decisiones políticas en conjunción con el concepto Estado de derecho, significa que las decisiones de la mayoría, a través de los conductos establecidos en las normas que regulan la participación y la representación, no se traducirán en un decisionismo arbitrario (si acaso la expresión no es un pleonismo) de las mayorías que actuarían fácilmente movidas por la opinión pública⁸.

b) Abolición de la separación entre el Estado y la sociedad: Se trata de que el Estado asuma el compromiso real y serio de la transformación del orden existente en la idea democrática de justicia social e igualdad material. Se refleja esta abolición en lo que se ha conocido como el carácter “bilateral” de las normas constitucionales, que ha abandonado el esquema de la Constitución como norma dirigida al legislador y único destinatario de ella y ha devenido en norma que vincula al Estado en sus diferentes poderes y a la sociedad y los ciudadanos individualmente considerados.

c) Superación del carácter negativo de los derechos fundamentales, que así dejan de ser mera autolimitación del poder del soberano, porque se incorporan derechos económicos, sociales y culturales, accionables directamente ante los tribunales de justicia.

⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, teoría del garantismo penal, nota 23 del cap. 2, págs. 114 y 115).

⁷ No se trata propiamente de una transformación del sistema jurídico, la diferencia entre Estado de derecho y Estado social es solo de grado, no de concepto.

⁸ “Se ha dicho antes que la democracia resulta a menudo identificada, en el sentido común, con la omnipotencia de la mayoría e, incluso, con el ejercicio desregulado de las libertades económicas: o sea, con los dos absolutismos, de la mayoría y del mercado, perseguidos por la actual ideología mayoritaria y liberista. Después de lo que se ha dicho, es claro que semejante concepción de la democracia es de hecho antitética con el significado y el papel de los derechos fundamentales como límites y vínculos de cualquier poder”, FERRAJOLI, *El Estado constitucional de derecho hoy*, pág. 27. Y en “El derecho como sistema”, *op. cit.*, el mismo autor dice: “En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase “¡existen tribunales en Berlín!”: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución” (pág. 66). Sobre la dialéctica mayorías y democracia, véase a ELSTER, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, págs. 165 a 199. Y quizás la que es, por excelencia, la obra clásica sobre el tema, JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY, *El federalista*, págs. 210 a 213.

d) Superación de la estructura rígida del Estado de derecho. La discusión se va a centrar fundamentalmente en que ya no se trata simplemente de sustraer la actividad de los poderes públicos al sometimiento del principio de legalidad, sino de verter de contenido la preceptiva constitucional mediante la regulación de valores y principios constitucionales y,

e) Exigencia de la superación del régimen centralista de poder. El Estado debe descentralizarse administrativamente y debe hacer un reconocimiento de las autonomías locales, tanto desde el punto de vista económico, como político y cultural. “Uno de los aspectos más importantes del Estado social es la exigencia de la realización material de los valores y las libertades individuales. La libertad se despliega en su sentido positivo, esto es, como autonomía y posibilidad. Al Estado le compete respetar la libertad, pero ese respeto no se agota en su simple enunciación formal: se realiza en la participación. En otras palabras, es deber del Estado proteger la libertad entendida como procura de condiciones materiales para su desarrollo y no simplemente como neutralidad y autorregulación”⁹.

El Estado social y democrático de derecho ha exigido necesariamente una identidad normativa especial, esto es, una estructura constitucional sólida y contentiva de principios, valores y derechos exigibles y protegibles directamente desde el mismo texto normativo superior. Los regímenes constitucionales de viejo cuño, entendidos como un conjunto de normas organizativas del ejercicio del poder estatal no tienen ya recibo en la nueva conciencia constitucional. “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”¹⁰.

La incorporación de valores, principios y derechos fundamentales, ha introducido una forma diferente de ver el derecho. Se trata de la pérdida de la importancia sacramental del texto legal que se entendía tradicionalmente como el acto de la voluntad del Soberano, no discutible siquiera ante los tribunales de justicia, precisamente por ser el acto fundamental de voluntad política. El legicentrismo caracterizó decididamente al Estado liberal y el valor seguridad jurídica fue su fundamentación. A partir de la consagración del Estado social de derecho, se perfila como exigencia básica la regulación de principios de eficacia directa desde la Constitución y con ello, la tendencia hacia un “constitucionalismo moderado” en desidia de aquel “Legiscentrismo”¹¹. De ahí que fi-

⁹ CRISTINA MOTTA, “Intereses y derechos: La transición al Estado social”, pág. 221.

¹⁰ MANUEL ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, pág. 34.

¹¹ Término utilizado por ROBERT ALEXY, en *El concepto y validez del derecho*. Véase capítulo “Sistema jurídico y razón práctica”.

guras despreciables otrora, como los principios y la actividad jurisdiccional, adquieren relevancia decisiva en la nueva estructura jurídica. Esta nueva concepción de desidia del imperio de la ley y prevalencia de los postulados constitucionales significa una redistribución funcional del Estado, esto es, la necesidad de criterios de corte finalista (los principios) y un organismo que los potencialice, optimice y aplique a las soluciones concretas de justicia material (el juez), para que la comunicación Estado-sociedad, sea más elocuente. Ello mostrará, sin lugar a dudas, el cambio de paradigma, *el juez constitucional* como la figura protagónica en el Estado social y democrático de derecho¹².

Los intentos recientes de deslegalización del derecho, por ejemplo al tenor de lo que ha sido alguna corriente conocida como "uso alternativo del derecho"¹³ ha expuesto la tensión en la relación legislación-jurisdicción. Según aquella, desde los principios, valores y derechos fundamentales, se derivarían las reglas aplicables en sede jurisdiccional, como acción alternativa a las normas del legislador. Este evento conduciría a una exclusión de la ley para la cualificación de los casos y obviamente privilegiaría al juez llegando hasta el activismo judicial o gobierno de los jueces. La importancia de un constitucionalismo moderado va a significar el justo equilibrio entre activismo judicial y omnipotencia legislativa, donde el legislador mantiene el ámbito de configuración política de los principios constitucionales y el juez el deber de integrar el ordenamiento en ausencia de leyes o cuando estas son inconstitucionales, evitando así el vaciamiento de los postulados constitucionales. Como concluye precisamente GUSTAVO ZAGREBELSKY para ilustrar bien la necesidad de este equilibrio entre jurisdicción y legislación:

¹² Con la advertencia de que la legitimación del juez está precisamente en la realización cabal de su condición de garante de derechos fundamentales. "Por la incorporación plena de los valores constitucionales inspiradores de la disciplina constitucional del proceso a su práctica jurisdiccional es como puede y debe legitimarse el juez, soportando, por tanto, en primera persona, las consecuencias deslegitimadoras de una posible actitud de signo contrario en ese plano" (ANDRÉS IBÁÑEZ, citado por BANDRÉS, *Poder judicial y Constitución*, pág. 11). Desde luego, no desconocemos que en punto a la legitimación judicial existe una ardua polémica, que ha sido puesta en realce por el profesor OTTO BACHOF, cuando se preguntaba, a propósito del poder judicial en la Ley Fundamental de Bonn, "¿No se ha pedido demasiado al juez, no se le ha cargado con una función política en el fondo y esencialmente extraña a la administración de justicia, dando lugar con ello al peligro, a menudo presentado, de una politización de la justicia? No se ha contravenido también un principio fundamental de la división de poderes, en cuanto se ha transformado a uno de los poderes del Estado en control de los restantes?" (cit. por BANDRÉS, *op. cit.*, pág. 16). Con la constancia de que la respuesta del profesor alemán es negativa, recomendamos ver a ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, pág. 261, quien resume y caracteriza (y quizás asume como suya) la posición de quienes impugnan la condición de legitimación por la que nosotros optamos.

¹³ Por lo demás, "teorizar sobre un uso alternativo del derecho en el final del siglo XX exigiría ponerse de acuerdo sobre qué puede entenderse hoy por 'uso alternativo del derecho' e incluso qué se entendió hace ya más de 25 años por tal propuesta teórico-práctica. No es lo mismo el uso alternativo de la década de los sesenta que las propuestas que pudieran hacerse ahora en los noventa. Como no es lo mismo hacer propuestas de este tipo en la Europa continental que en América Latina. En definitiva, el tiempo y el espacio determinan lo que se ha entendido y se entiende por tal práctica e incluso tal teoría" (NICOLÁS LÓPEZ CALERA, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", pág. 32).

"En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo' el derecho. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático.

"... Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y 'cualquier señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos"¹⁴.

El pacto constituyente de 1991 va a recoger ampliamente todos los postulados del Estado social y democrático de derecho. Basta dar una mirada desprevénida a toda la parte dogmática constitucional y muy especialmente al artículo 1º.

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En reciente sentencia de unificación jurisprudencial la Corte Constitucional ha dado sentido a este artículo en los términos siguientes: "La cláusula del Estado social de derecho (Cont. Pol., art. 1º), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios

¹⁴ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pág. 153. Y sobre el tema otra vez BACHOF (cit. por BANDRÉS, *op. cit.*, pág. 16): "Tampoco se puede pasar por alto que la función de control de los tribunales no implica solamente una disminución del poder del legislativo y del ejecutivo, sino también un fortalecimiento de la autoridad de los poderes controlados. En efecto, frente a los actos anulados por los tribunales encontramos un gran número de actos confirmados, cuya validez queda, en virtud de esa ratificación, sustraída en el futuro de toda duda".

y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización"¹⁵.

Ya antes, en la sentencia T-406 de 1992, había sostenido el Tribunal Constitucional: "Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo 1°:

"a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

"b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.

"El sentido y alcance del artículo 1° no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual, a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo 1°, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

"En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La Carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"¹⁶.

2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado de derecho en su fórmula del liberalismo clásico se limitaba a enunciar los derechos en sus textos constitucionales, la mayoría de las veces en sus Preámbulos, y ello hasta para discutir posteriormente su naturaleza jurídica, dejando como era lógico al omnícompetente legislador el ámbito pleno de competencias para regularlos en los textos normativos y determinar su radio de acción. Así mismo, permitía que los derechos fueran suspendidos en los estados de excepción y con ello se sustraña cual-

¹⁵ Sent. SU-111 de 1997, *Corte Constitucional*, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Sent. T-406 de 1992, *Corte Constitucional*, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

quier discusión en torno a la naturaleza de estos derechos como fundamentales. El "sabio legislador", como representante directo de la voluntad general¹⁷, emite su acto volitivo en torno a la limitación, regulación, fijación de contenido y hasta desconocimiento de los derechos. Aunado a todas estas competencias normativas de los Parlamentos, el derecho no ofrecía realmente acciones garantes y protectoras de los ámbitos de libertad regulados en esta categoría de derechos.

El Constitucionalismo de hechura "francesa" vino a demostrar después de las dos grandes guerras de este siglo, que el imperio de la ley no es suficiente garantía para los ciudadanos, así esté totalmente investido de eso que se denominó en las teorías contractualistas legitimadoras del poder como "voluntad soberana"; al contrario, el legislador como depositario durante más de un siglo de esa "fe" popular, se desacreditó y fue necesario buscar nuevos referentes de legitimidad. Puede decirse sin vacilación, que las doctrinas políticas de la época de la segunda posguerra mundial observaron los modelos de derecho que habían permanecido más estables en aquellos tiempos. El modelo anglo-americano que parecía reservado a los países del *common law*, ocupó papel protagónico y entró al escenario de Europa continental para servir como referente de las Constituciones que debían expedirse una vez terminada la segunda guerra mundial. Ingresan, pues, al escenario jurídico conceptos como supremacía constitucional, control de constitucionalidad como su consecuencia, derechos fundamentales y principios o valores supremos del orden jurídico como límites al ejercicio del poder del Estado. La concepción de la regulación constitucional de los principios o valores como límite a la acción del Estado había sido definida desde la premonitory decisión del juez Coke en Inglaterra en 1610 en el *Bonham-Case*:

"... Resulta de nuestros textos que en muchos casos, que el *common law* controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho, la razón y la equidad, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law*, la controlará y procederá a declarar su nulidad"¹⁸.

Precisamente este antecedente judicial tuvo una significación decisiva en la construcción del modelo jurídico-político norteamericano donde las instituciones mencionadas, y en esencia, la supremacía constitucional, tuvieron plena recepción jurídica.

La necesidad como reclamo político del reconocimiento del Estado social y democrático trajo consigo el debilitamiento del valor puramente formal de los derechos

¹⁷ Que la lógica política de su tiempo, y también a los efectos del tránsito entre comprensiones políticas tan diferentes, llevó a BECCARIA, y también a los demás ilustrados (MONTESQUIEU hablará del juez que es "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*") a prohibirle al juez la interpretación de la ley, tal como luego sucedería también en Alemania con el Código bávaro de 1813, realizado con inspiración liberal por LUDWIG FEUERBACH. Que hoy en la distancia y a golpes de otras dimensiones políticas tal prohibición resulta un ejercicio "de ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico", tal como lo sostiene FERRAJOLI, no hay por qué dudarlo (*Derecho y razón*, pág. 46, nota 24, págs. 75 y 76), citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 189.

¹⁸ Tomado de BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, pág. 229 (cursivas en el texto).

libertarios incorporados en los textos constitucionales decimonónicos; se hizo preciso poner en acción los derechos libertarios formalmente estipulados, además de entender la necesidad de que el Estado se comprometiera efectivamente con su protección y garantía mediante amparos específicos que vinieron a tener regulación constitucional. Igualmente, el devenir del Estado intervencionista vino a reconocer mínimos de justicia social y, por tanto, la normación de lo que se define como derechos constitucionales fundamentales económicos, sociales y culturales o prestacionales. Así se vino llegando a la adopción de la importante concepción que hoy se tiene de los derechos, a saber, derechos constitucionales fundamentales.

En el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social y democrático de Derecho se ha producido realmente una "materialización" del derecho, no una transformación conceptual, esto es, el Estado no solo se compromete a "dejar hacer", fórmula de los derechos libertarios clásicos, sino que proporciona los medios para que la acción sea posible, "hace". La nueva conceptualización de los derechos como obligaciones estatales lo que supone es la vinculación de todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, tanto negativa como positivamente, esto es, en la no injerencia, como en la obligación de regulación para su protección. "La caracterización de los derechos fundamentales como límites al poder, como verdaderas obligaciones del Estado, no requiere únicamente de un sistema de garantías constitucionales, un legislador negativo en palabras de Kelsen, que expulse del ordenamiento jurídico toda norma legal que infrinja la Constitución, así como de una protección del texto fundamental frente a la hipotética voluntad reformadora de los órganos estatales. Tal caracterización exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución..., forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún complemento legal o reglamentario"¹⁹. Se trata de la eficacia o justiciabilidad directa de los derechos constitucionales fundamentales.

En esa medida, podríamos resumir diciendo que los derechos fundamentales en el modelo político del Estado social y democrático de derecho (Estado constitucional), en primer lugar, son *elementos-cofundadores del modelo*²⁰: sin su consagración y rea-

¹⁹ LUIS PRIETO SANCHIS, *Estudio sobre los derechos fundamentales*, pág. 116.

²⁰ Salvo para algunas concepciones "democrático-funcionalistas", que, por ejemplo, condicionan la legitimidad de un cierto derecho a su funcionalidad, como subsistema, para el aseguramiento de la vigencia del Estado. Que por esa vía se llega a la defensa a ultranza del derecho, de cualquier derecho, como una verdad absoluta y ahistórica, está dicho por la obra jurídico-penal de GÜNTHER JAKOBS en Alemania y su concepción de la pena como prevención general positiva, siguiendo precisamente la pista de la obra sociologicista de NIKLAS LUHMANN. Precisamente, sobre el tema y sus conexiones con la discusión en favor de los derechos fundamentales, esta reflexión de PIETRO BARCELLONA (*Postmodernidad y comunidad*, pág. 50): "La experiencia de estas últimas décadas nos dice sin embargo que las Constituciones no bastan si no están apoyadas por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso. Es curioso que precisamente ahora los juristas parecen olvidar no solo la gran lección en ciertos aspectos trágica de CARL SCHMITT sino también lo que escribió PIERO CALAMANDREI tras

lización efectiva y cierta las relaciones políticas no serán las propias de dicho modelo. Cualquiera otra cosa, menos el Estado constitucional. Es en ese sentido como se puede sostener el carácter absoluto de los derechos fundamentales, que cuando por vía de ponderación no adquieren reconocimiento y protección lo es porque prevalentemente hay un derecho con una mayor carga política y axiológica²¹.

En segundo lugar, son límites frente a los poderes, es decir, derechos en favor de los hombres y los ciudadanos y contra el poder.

En tercer lugar, y como consecuencia, son ellos las últimas y más estrictas condiciones para la discusión de la legitimación del poder político²². Porque así son las

finalizar el segundo conflicto mundial acerca de la vía legal de la ilegalidad fascista, o lo apuntado más tarde por ALESSANDRO BARATTA acerca de la posible ambigüedad del positivismo respecto de la legislación excepcional del nazismo en el ámbito del derecho penal. La tecnicidad del formalismo es en realidad inerte ante la continua deformación de la legislación de excepción. Hoy el formalismo jurídico es deformado constantemente por la adaptación de la autonomía de la esfera jurídica al cálculo económico de coste y beneficios o al funcionalismo sistémico (por lo demás, NIKLAS LUHMANN lo ha escrito con todas las letras al afirmar que el derecho moderno responde esencialmente a una estrategia oportunista y que es absolutamente contingente, convencional y mutable, y que los propios derechos fundamentales son una mera reglamentación de fronteras entre esferas de poder que constantemente pueden ser traspasadas por los poderes)".

²¹ "Esto es así, porque entre principios... no se presentan conflictos que obligan a establecer cuál se aplica y cuál no (propios de las normas), sino que entre ellos se presentan colisiones, en las que es preciso establecer el grado en los que uno prima sobre el otro, y viceversa"; ESCOBAR MARULANDA, citando a ALEXY ("Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, 1988, págs. 139 a 151), "Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?", en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, J. Cid y Elena Larrauri (coordinadores), Barcelona, 1988, pág. 221

²² "La Constitución, y en general el derecho, no es otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparece, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o cambios institucionales. Si es verdad que la actual crisis de los vínculos constitucionales proviene sobre todo de su pérdida de presencia en el sentido común, cualquier proyección alternativa democrática pasa a través de una refundación del sentido del pacto constitucional como garantía de la igualdad y de los derechos vitales de la persona, en la conciencia de que los derechos fundamentales son siempre otras tantas leyes del más débil, contra la ley del más fuerte que toma la delantera cuando se debilita el sentido de aquellos, y en la conciencia también de que la única posibilidad de éxito en la defensa del pacto constitucional depende de que cada uno la perciba como defensa de sus propios derechos y de su identidad de ciudadano" (FERRAJOLI, "El Estado...", op. cit., pág. 29). Y sobre la legitimación: "En su origen el adjetivo *legitimus*, significaba que un mandato o legislación eran adecuados a un orden establecido. El núcleo normativo de este sentido tradicional de la legitimidad descansa en el supuesto de que los valores y normas de ese orden están fundamentados en un principio de justicia que trasciende la arbitrariedad de las voluntades particulares. De ahí que en el lenguaje común el término 'legítimo' se use con frecuencia como sinónimo de justo o razonable. Desde esta perspectiva, decir que algo es legítimo equivale a sostener que tiene una justificación en relación a un interés o bien común. A lo largo de la historia la diferencia entre las múltiples concepciones de la legitimidad se localiza, fundamentalmente, en las distintas interpretaciones sobre el principio de justicia. Este último se puede considerar como un principio divino, natural, histórico o racional. Las disputas entre las interpretaciones del principio de justicia que sustenta la legitimidad no solo tiene implicaciones teóricas, sino que también están en juego problemas de la organización, las funciones y los límites del poder político" (ENRIQUE SERRANO GÓMEZ, *Legitimación y racionalización*, págs. 12 y 13 cursivas en el texto). En ese mismo sentido, FRANCISCO J. LAPORTA (*Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo*, pág. 283): "Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justi-

cosas, es por lo que es el Estado mismo el más interesado en su salvaguardia y protección. Y es por ello que son estrictamente irrenunciables.

En último lugar, su eficacia y activo reconocimiento pasan por la presencia del juez, garante primero y último de los derechos fundamentales en el Estado de las libertades.

3. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de principios y valores y la formulación de los derechos fundamentales como principios, tiene consecuencias especialmente en el proceso de aplicación de las normas generales a los casos concretos, desaparece la técnica de la subsunción como única forma del proceso de decisión judicial²³, se hace necesaria la remisión a criterios extrajurídicos y el juez entra decididamente a participar en la creación del derecho, dejando de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. De otra manera dicho, la optimización de los principios y los derechos se configura en la decisión jurisdiccional, por lo que el juez constitucional es definitivo en la estructura jurídica del derecho en el modelo de la democracia (Estado Constitucional), correspondiéndole, como garante de la prevalencia y eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, hacer valer la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico y siempre a través de una hermenéutica *de y desde la Constitución*²⁴.

ficación de normas, instituciones, acciones, etc. Si estas normas o instituciones satisfacen esos criterios, entonces se dice que son legítimas. Por eso he usado legitimidad como un equivalente amplio de la idea de justicia o justificación ética, y sistema jurídico-político (o gobierno) legítimo como un equivalente igualmente amplio de sistema jurídico-político justo o gobierno justo" (hemos hecho las cursivas).

²³ "Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formuladas abstractamente". Esta constatación de KARL LARENZ señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones legales de las normas jurídicas, que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados". ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 23. En el mismo sentido, ATIENZA ("Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", pág. 83), para quien "la representación del razonamiento del juez como "un silogismo" es equivocada". De la obra de ALEXY, por su importancia para la reflexión en orden al tema de los derechos fundamentales, debe verse su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

²⁴ "... emerge así con carácter prescriptivo, un paradigma de legitimación del juez de carácter material o sustancial, que es aplicación directa del rango normativo de los derechos fundamentales y que tiene proyección, al menos en tres sentidos, con la correspondiente contrapartida de deber profesional. El primero se concreta en el aludido imperativo de lectura crítica de la ley para verificar su compatibilidad sustancial con la Constitución. El segundo lo hace en la obligación de observar escrupulosamente las garantías procesales en que se traduce el derecho fundamental a la tutela judicial, que son cautelas frente al propio juez. El tercero, en la obediencia al deber de motivar la decisión, para asegurar tanto la racionalidad en el uso del poder que mediante ella se ejerce, como la adecuada comprensión de su fundamento real por terceros" (ANDRÉS IBÁÑEZ, "Garantía judicial de los derechos humanos").

El constituyente de 1991 ha establecido un régimen de justicia constitucional complejo, pleno y mixto. Desde el acto-legislativo 3 de 1910, reforma constitucional en la que se adoptó el modelo norteamericano difuso y por vía del juez ordinario consagrado en la Constitución de Filadelfia de 1787, todo juez debe aplicar de preferencia la Constitución sobre la ley y en todo caso, es su deber hacer un juicio de constitucionalidad sobre la ley que aplica²⁵. Así mismo, esta reforma constitucional creó la competencia concentrada en el máximo organismo de la jurisdicción existente en la época, la Corte Suprema de Justicia, para conocer de acciones públicas ciudadanas contra leyes y decretos-leyes del presidente expedidos en los estados de excepción y así, en el evento de considerar estos actos violatorios de la Constitución, proceder a declarar su inconstitucionalidad. La reforma constitucional de 1945 creó la jurisdicción contencioso-administrativa y con ello la competencia para que esta, a través de su máximo organismo, el Consejo de Estado, conociera de las acciones de inconstitucionalidad que las personas instauraran contra los decretos y actos administrativos del presidente. Puede decirse que de esta reforma constitucional se creó en Colombia la dualidad de jurisdicción constitucional concentrada y de única instancia, cuyos riesgos advirtió ya KELSEN desde cuando configuró para Europa el modelo concentrado de justicia constitucional radicado en cabeza exclusivamente de un Tribunal Constitucional²⁶.

La reforma constitucional de 1968 incorporó al control de constitucionalidad el control automático para los decretos-leyes de estados de excepción, creó la sala constitucional en la Corte Suprema de Justicia con funciones meramente de ponente y reguló un procedimiento de control de constitucionalidad más expedito que el aplicado analógicamente hasta entonces, el Código Judicial. Antes del Pacto constituyente de 1991, la fallida reforma de 1979 había introducido el control de constitucionalidad para las reformas constitucionales, pero solo por vicios en el proceso de su formación.

Realmente, la supremacía, y con ella la garantía del control de constitucionalidad pleno vino a darse con la Constitución de 1991. La jurisdicción constitucional se define como una función pública que se asigna a todos los jueces de la república y en especial a la Corte Constitucional para que aseguren la integridad y la supremacía de la Carta Constitucional como garantía básica y fundamental del Estado social y democrático de derecho, asegurando que todos los poderes públicos sujeten sus actos (leyes, actos administrativos y decisiones judiciales) a los principios, valores y derechos fundamentales, así como a las estrictas competencias constitucionales asignadas. Además de la competencia atribuida a los órganos de la jurisdicción constitucional referente al control de constitucionalidad de todos los actos de las autoridades del Estado, evitando por fin los llamados "actos no justiciables", esta jurisdicción tiene el compromiso cons-

²⁵ Que en la metodología ferrajoliana, por ejemplo, constituye la condición para la construcción de un derecho justo y válido, ahora no por el camino de la vigencia sino por la realización en la norma jurídica de los valores constitucionales (véase en FERRAJOLI, *El derecho como sistema*, ed. cit., pág. 64).

²⁶ HANS KELSEN, *La garantía de la jurisdicción constitucional*, escrito en alemán en 1928 y traducido al español en 1985 por Eduardo Montero, publicado en Escritos sobre el socialismo.

tituyente de la guarda de los derechos fundamentales mediante la acción de amparo para el logro efectivo de los mismos y su oponibilidad frente a todos los poderes públicos y aun contra las mayorías políticas.

Nuestro Tribunal Constitucional en sus inicios había mostrado la importancia del juez constitucional en la configuración y definición de los derechos fundamentales: “Una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”²⁷ (son nuestras las cursivas).

Después de varios años de jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-111 fijó los límites de la jurisdicción constitucional en esta materia y precisó las relaciones con las otras ramas del poder estatal:

“La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción, sino como prescripción incluíble que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa...”

“... La jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional. El remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado. Existen fallas de las personas que la Corte no puede enmendar sin subvertir el orden constitucional y aminorar hasta un grado extremo la propia responsabilidad personal”²⁸.

²⁷ Sent. T-406 de 1992, cit.

²⁸ Sent. SU-111 de 1997, cit.

4. EL DEBIDO PROCESO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

Desde la mejor tradición liberal está bien entendido que el poder político encuentra linderos insobornables, si quiere recabar alguna legitimidad, en el respeto de las libertades y de las garantías individuales. Y siendo cierto que el poder punitivo es, como el que más y mucho más sensiblemente que cualquiera otro²⁹, expresión y ejercicio del poder político, y escenario donde se crean las más graves confusiones entre autoridad y libertad, entonces su limitación y su control constituyen una legítima aspiración en favor de todos los hombres y sus libertades, en favor de todos los perseguidos penalmente, que es decir, en favor de un cierto modelo de civilización³⁰, y en favor de una sociedad más democrática y menos autoritaria. Y así se ha ido diciendo desde los más iniciales programas de la ilustración, quizás desde cuando el marqués de BECCARIA publicara su *Dei delitti e delle pene*, el más formidable panfleto en contra de la vocación absolutista del poder, bien resumida en la expresión que se le imputa a Luis XIV: *L'État ce moi*³¹.

Hacemos relación, entonces, al concepto de *debido proceso penal* como derecho fundamental, que dice cuáles son las condiciones sin las cuales resulta absolutamente ilegítimo cualquier acto de persecución penal³², es decir, a cuáles son las condiciones del *cuándo y cómo juzgar*³³. Se define así, por supuesto, un determinado tipo de racionalidad en materia de persecución penal, reconocido con persistencia por todos los autores liberales³⁴, y afirmado tradicionalmente por todas las Constituciones liberales y

²⁹ “... la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona”; MAIER, “La impugnación del acusador: ¿Un caso de *non bis in idem*?”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 61, pág. 175.

³⁰ “... un modelo de proceso indica siempre un modelo de civilización”, FERRAJOLI, “El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal”, pág. 6.

³¹ Cuando en la Corte Constitucional se determinó la exequibilidad de las odiosas e inconstitucionales figuras de la “reserva de identidad de los testigos y de los jueces”, entonces un magistrado (*¿Qué todavía hay magistrados! ¿Qué hay jueces en Berlín!*), Ciro Angarita Barón, hizo un salvamento de voto y lo tituló: *vigencia de Beccaria*; véase sent. C-053 de 1993, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

³² “El debido proceso y las garantías vinculadas a él hacen a la forma en que un acto de coacción estatal —que, por ser tal, es, *prima facie*, atentatorio de un derecho individual y, por lo tanto, debe ser especialmente justificado— pueda ser ejercido contra una persona determinada”, CARLOS SANTIAGO NIÑO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pág. 446.

³³ “Por lo demás, es ésa la forma lógica de todos los principios garantistas, más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar”, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ed. cit., págs. 106 y 537.

³⁴ FRANCESCO CARRARA tendría que ser el más notable de todos, véase *Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. II, págs. 298 y ss., pues nadie mejor que él pudo condensar los elementos del sistema procesal penal acusatorio, es decir, el *debido proceso* propio de los sistemas políticos democráticos: la *publicidad*, la *libertad personal del acusado hasta la condena definitiva*, la *igualdad absoluta de derechos y de poderes entre acusador y acusado*, la *pasividad del juez al recoger las pruebas*, la *continuidad de los actos y la síntesis en todo el procedimiento*.

democráticas³⁵ y por los pactos internacionales sobre derechos humanos³⁶. Y hoy robustamente conceptualizado por FERRAJOLI en el cuerpo de su "modelo garantista" de derecho penal, en los principios de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*), carga de la prueba (*nulla accusatio sine probatione*) y del contradictorio o de la defensa (*nulla probatio sine defensione*)³⁷.

Se trata con el *debido proceso*, según hemos dicho, de un determinado tipo de racionalidad. De racionalidad democrática³⁸, decimos ahora, y apenas de un modelo, que expresa profundas convicciones políticas y que no oculta la tragedia de su incesante y casi fisiológica negación en el ámbito de las persecuciones penales concretas, lo que quizás legitime más la tarea reivindicativa por sus principios y contenidos. Por lo menos, en función de la minimización de la ilegitimidad, que opera como mecanismo minimizador del derecho penal. Y mientras haya derecho penal. Que no tendrá que ser por siempre.

Sobre el debido proceso es pertinente decir también que él, como idea ético-política, constituye un concepto largamente vinculado al sistema procesal penal acusatorio, que es decir, a una concepción tendencialmente democrática en el orden de los métodos de persecución penal y de las relaciones poder-individuo, relaciones que nunca son tan tensas como en el derecho penal y que, según como dialécticamente se articulen, definen, mejor que nadie, el grado de civilidad³⁹ de una determinada organización socio-política.

El derecho fundamental del debido proceso está integrado por un conjunto de elementos que se articulan en torno a la prohibición de la indefensión, donde se pone la condición de cualquier legitimidad, y por la propuesta epistemológica de un concepto de verdad procesal solo y en tanto aquellos estén cabalmente realizados.

En la Constitución de 1991 los elementos del debido proceso están fundamentalmente consagrados en el artículo 29⁴⁰. A saber:

³⁵ Véase el art. 24 de la Constitución Española, por ejemplo.

³⁶ Por lo que implican para nosotros, en concordancia con el art. 93 de la Constitución, las leyes 74 de 1968 (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU) y 16 de 1972 (Pacto de San José de Costa Rica).

³⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ed. cit., pág. 93.

³⁸ Se trata de la racionalidad en torno a la responsabilidad penal y no en torno a otras responsabilidades, por ejemplo, las de carácter político. Hacemos el matiz apenas para reliviar los peligros que existen para los límites de la primera (las garantías y formas preestablecidas del proceso penal) cuando la articulación de las "otras responsabilidades", por ejemplo, la política, pasa por el reclamo de esas garantías. Que sucede con más frecuencia de lo que podría suponerse, como recientemente lo ha demostrado entre nosotros el "proceso Samper", confundida y oscilantemente situado en los ámbitos de una y otra. En palabras de CAPELLA, "... se recurre a conceptos jurídicos procesales y penales como 'respetar el secreto del sumario' o 'respetar la presunción de inocencia', etc., con el mismo fin de eludir una responsabilidad política", véase "La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves", pág. 3.

³⁹ Si por "civilidad" se entiende especialmente el respeto definitivo por los derechos y por las libertades individuales.

⁴⁰ Artículo que no obstante su defecto técnico manifiesto (informar que solo son elementos del debido proceso los que en él se mencionan y regulan), tiene la virtud de comprender el *debido proceso* como un derecho

a) Leyes preexistentes al acto que se imputa, principio de legalidad procesal o prohibición de leyes *ex post facto*, que correlativamente implica el principio de la aplicación de la ley más favorable en toda sucesión de leyes, y de cualquier ley. Así manifestamos nuestro rechazo a la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, quizás apoyada en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que por años ha mantenido la tesis de que tratándose de las llamadas normas estrictamente procesales no cabe hablar de "favorabilidad", porque ellas son de aplicación inmediata. Naturalmente, nosotros creemos que la favorabilidad opera *siempre*, a condición de que entre dos o más normas aplicables a un mismo caso o a una misma situación frente a una de ellas se pueda elaborar el juicio de "más favorable". En ese orden de ideas, creemos lamentable la tesis del carácter neutro de algunas normas jurídicas, tan propia de la estirpe de los "científicos" del procesalismo. Por lo menos, porque siendo el derecho un mecanismo de control social, y por lo mismo, participe en los procesos de construcción social y política, lo único que resulta innegable es su naturaleza política⁴¹.

b) Juez o tribunal competente, que quiere decir también y más urgentemente, "juez independiente" (cfr. art. 230 de la Carta), con independencia interna y externa en función de la realización de su condición de garante de los derechos fundamentales. Y con la irreductible posibilidad procesal de la recusación, precisamente para la ambientación de su independencia y en términos de su credibilidad frente a los ciudadanos. Que quizás sea así como se puede construir la legitimidad del juez y su dimensión política⁴².

c) Plenitud de las formas propias de cada juicio, que en nuestra metodología quiere decir la definición de una estructura procesal siempre en favor de las garantías de la contradicción, de la publicidad y de la defensa, técnica y material y la prohibición de dilaciones injustificadas. Y, en consecuencia, la prohibición de los procesos

fundamental, que opera como límite frente al Estado y frente a cualquier poder punitivo y sancionador y no solamente frente al poder puramente penal, favoreciendo así la construcción de vocaciones garantistas para las persecuciones disciplinarias y de responsabilidad fiscal, secularmente lastradas por una comprensión autoritaria y prebeccariana del poder, bajo el prurito de que las garantías del debido proceso eran un problema (que para esa concepción las garantías son efectivamente un problema, es decir, un estorbo) del derecho penal. Quizás también pudiese permitir este artículo la superación de una vieja y formalista concepción sobre el debido proceso, aquella que aducía que sus elementos apenas eran 1) la ley preexistente al acto que se imputa 2) el juez o tribunal competente y 3) la plenitud de las formas propias de cada juicio.

⁴¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, pág. 44; en el mismo sentido, ÁLVARO VARGAS, *¿Es realmente neutra la norma procesal?*, págs. 5 a 13.

⁴² RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, "Dimensión política de un poder judicial democrático", págs. 66 a 70 y 80 a 83. Recientemente ANDERS KOMPASS, director de la oficina de la ONU en Colombia, a raíz de la discusión que en el Congreso se ha venido haciendo en favor del mantenimiento de la "justicia regional" (que por la reserva de identidad de los jueces y testigos apenas como una metáfora tramposa podría tenerse en cuenta en una discusión sobre la *justicia*), ha recordado que "la reserva de identidad del fiscal le impide al acusado examinar la imparcialidad de este y, por ende, de disponer de fundamentos para su recusación, ya sea por incompetencia o por falta de imparcialidad"; véase *El Tiempo*, mayo 1º de 1999, pág. 6.

breves y sumarios y de la concentración en un mismo funcionario de las funciones de investigación y juzgamiento⁴³.

d) Presunción de inocencia, que es la proscripción de coerción hasta tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El principio encuentra su negación, en términos lógicos y políticos (como principio), en las medidas cautelares personales, especialmente en la prisión preventiva y provisional, lo que ha dado para hablar de la contradicción fundamental entre el “estado de inocencia” y la detención preventiva, solo superable de modo definitivo con la abolición radical de la segunda, que no deja de ser una tesis rigurosa y plausible porque algunos, incluso sus más cercanos partidarios, el mismo FERRAJOLI, por ejemplo, estimen que en las condiciones actuales se trata de una quimera⁴⁴.

e) El derecho de defensa y la asistencia de un abogado, convencional o de oficio, en todos los momentos de la persecución. En palabras de TIEDEMANN, el defensor “... es indispensable para la protección del inculpaado y también para la investigación de la verdad”⁴⁵.

f) Un proceso público y derecho de contradicción, que es oportunidad de conocer las imputaciones y los cargos, de pedir pruebas de cara a los mismos, de participar en la práctica de las pruebas, de alegar antes de la evaluación judicial de las mismas y de impugnar. Se trata, ni más ni menos, de que si es el imputado quien habrá de soportar la penosidad del proceso y de la pena misma, a él se le permita participar en la elaboración de su propio caso⁴⁶.

g) Principio de la prohibición de la múltiple persecución o del *non bis in idem*, que dice que la legitimación externa que se le entrega al Estado para que por medio de la Fiscalía General ejerza el *ius puniendi*, es por una sola vez, con prescindencia de cualquiera otra consideración. En nuestro sistema procesal penal el principio tendría que inhibir la acción especial de revisión frente a fallos absolutorios, lo que permitiría sostener la inconstitucionalidad de los numerales 4 y 5 del art. 242 del Código de Procedimiento Penal, como también podría llevar a considerar que sobre la impugnación, cualquiera que ella fuese, apenas tendría legitimación el inculpaado⁴⁷. Que el artículo 29

⁴³ Véase el art. 252 de la Constitución, que reza: “Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”.

⁴⁴ LUIGI FERRAJOLI “... las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes; y... es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de la racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción”; *Derecho y razón*, pág. 561

⁴⁵ En, CLAUS ROXIN, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, 1989.

⁴⁶ “Para que haya un proceso penal propio de un Estado de derecho es irrenunciable que el inculpaado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión...” (ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, ed. cit., pág. 184).

⁴⁷ Véase a MAIER, “La impugnación del acusador...”, en *Ciencias penales*, pág. 15: “... cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la

de la Carta consagre como elemento esencial del debido proceso el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, parecería poner un argumento en favor de la tesis que promovemos ahora. Por lo demás, así terminaría cualquier discusión en torno a los componentes constitucionales de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 31 de la Carta), como que siempre habría “apelante único”, es decir, siempre la impugnación estaría en favor de los intereses del sindicado. Se trata, en fin, de las consecuencias propias y necesarias de una comprensión garantista del discurso de los derechos fundamentales y del derecho penal, y del monopolio del “derecho de castigar” en manos del Estado.

h) La nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías del debido proceso. Es decir, su inexistencia y, por lo tanto, la prohibición de su valoración. Que significa también la prohibición de derivar alguna consecuencia de la prueba obtenida ilegalmente. Como ya lo dijimos en otra ocasión⁴⁸ desprestigiar como evidencia todo aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posibilidad legítima y coherente en un Estado social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser objeto de matices (a la mejor manera de DWORKIN, “derechos en serio” o derechos, incluso, antimayoría). Por supuesto, siendo el respeto por las garantías del debido proceso el problema mismo de la legitimidad del poder punitivo, esa es la única opción posible, opción que por lo demás y en el cuerpo de la polémica en torno suyo planteado, se adscribe a la teoría “de los frutos del árbol venenoso”. Una opción contraria, aquella que tendría por plausible la utilización de “algo”, aun reconociéndose la inconstitucionalidad definitiva del medio, haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable⁴⁹, cual sería la de abrogarse la capacidad para derivar de la ilicitud, consecuencias jurídico-probatorias, diferentes a la misma prohibición de la valoración⁵⁰.

imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad; que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas”.

⁴⁸ Véase a ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN, “Comentarios a una providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales, que declaró la inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente”, págs. 443 a 448; en una oportunidad posterior, también la judicatura de Manizales, ahora el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, convino en reiterar aquella doctrina; véase *Tribuna penal*, núm. 7, Revista del Colegio de Abogados Penafistas de Antioquia, Medellín, 1996, págs. 138 a 160.

⁴⁹ JOSÉ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*.

⁵⁰ Véase a MAIER, *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Temis, Centro de Estudios Penales, Universidad de Antioquia, 1999.

i) El principio de libertad⁵¹, que en articulación con el principio de presunción de inocencia, tendría que entenderse, en primer lugar, como la prohibición de cualquier coerción estatal mientras tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, lo que conduciría a la interdicción, por lo menos, de la detención preventiva o provisional; en segundo lugar, a la exigencia de que las medidas coercitivas siempre sean de la competencia del juez. CARLOS SANTIAGO NINO es quien en los últimos tiempos⁵² ha recordado que “el ideal de una democracia liberal es que *entre el individuo y la coerción estatal se interponga siempre un juez*”, y, en tercer lugar, a que toda limitación de la libertad esté condicionada a los supuestos estrictamente regulados por el pacto constituyente, en los términos del modelo político del Estado Constitucional. En Colombia, apenas a los casos de “mandamiento escrito de autoridad *judicial competente*” (art. 28 de la Constitución) y de la *flagrancia* (art. 32, *ibidem*)⁵³.

j) Principio de congruencia, que por virtud de la prohibición de cualquier indefensión⁵⁴ (art. 29 de la Carta) exige que el juez competente no dicte sentencia sino por los cargos planteados por el titular de la pretensión punitiva en la resolución de acusación. Como tendría que significar que el juez tuviese que estar vinculado por el desistimiento que de la pretensión llegare a formular el fiscal, incluso por vía de la petición de sentencia absolutoria durante la diligencia de audiencia pública. Así resultan detestables por inconstitucionales tanto la variación de la resolución de acusación “por prueba sobreviniente”⁵⁵, como la nulidad de la resolución de acusación cuando al juez competente le parece que la pretensión está “mal elaborada”⁵⁶. En el primer caso, porque se

⁵¹ Arts. 28 y 30 de la Constitución de 1991.

⁵² Véase a NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pág. 446. Recientemente UPRIMNY YEPES ha reflexionado en términos similares, a raíz de la discusión del proyecto de Código de Procedimiento Penal; véase “El desafío de la reforma al proceso penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia”, págs. 74 y ss.

⁵³ El principio vino a ser radicalmente violentado por la sent. C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, cuando de la expresión constitucional “detención preventiva” dedujo un “caso” adicional, ahora, además del “mandamiento de autoridad judicial competente” y de la “flagrancia”, la “detención administrativa”. Con razón GÓMEZ PAVAJEAU y GERARDO BARROSA CASTILLO llamaron a esa decisión un acto de “taumaturgia jurídica”, véase *Bien jurídico y derechos fundamentales*, pág. 52.

⁵⁴ A fin de cuentas, toda discusión sobre *congruencia* es un problema de defensa, de donde cualquier problema aledaño a él se resuelve respondiendo a una pregunta: ¿si ese es el tono sobre el cual se pretende edificar la sentencia, pudo el imputado estar suficientemente advertido de que por esa vía sería la sentencia, absolutoria o condenatoria?

⁵⁵ Tesis largamente mantenida por JAIME BERNAL CUÉLLAR, desde todos los proyectos de cada nuevo Código de Procedimiento Penal (incluido el proyecto que bajo su dirección preparó la Universidad de los Andes de cara a la reforma procesal penal de 1991, donde se incluía ciertamente la “variación de la calificación”, en tanto se le entendía provisional, propuesta que fue desechada en la comisión legislativa (“congresito”), precisamente porque con el fenómeno de la variación se fracturaba el principio “acusatorio” tan característico del sistema de fiscalía). La tesis en cuestión con posterioridad fue nuevamente planteada, ahora como tesis doctrinaria y no obstante que de *lege data* se había rechazado, por los profesores JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNNE, en *El proceso penal*, 3ª ed., págs. 502 y ss.

⁵⁶ Tesis de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, donde en desarrollo de la incontinencia hermenéutica que a dicha corporación le es característica “para luchar en contra de la impunidad y, por esa

desestabilizaría cualquier principio de igualdad en función de un juicio de “partes” y de cara a un juez independiente e imparcial, y, en el segundo caso, porque se derogaría el principio *acusatorio* y, de ese modo, se involucraría hasta el viejo juez inquisitivo, que concentraba en él todas las razones del “proceso” y que, por ello mismo, es la más perfecta negación del *juez*. Que, como lo dice NINO⁵⁷, “no basta que hayan funcionarios que se denominan “jueces”, sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT: *El concepto y validez del derecho*, Madrid, Edit. Gedisa, 1994.
 — *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1977.
 ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de la razón práctica*, núm. 90, Madrid, 1999.

vía, en contra de las garantías constitucionales, que son —como lo dijo con persistente vocación autoritaria Gustavo Gómez Velásquez cuando era magistrado de la Corte—, ejemplo malsano de hipergarantismo”, se han hecho los más inadmisibles malabares para sustraerse a los contenidos del debido proceso, incluso con el precio de volverlo un “valor” en favor del Estado y del *ius puniendi* y en contra de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en el caso que planteamos, donde el juez se siente autorizado para ir sobre la competencia exclusiva del fiscal, como titular de la pretensión punitiva, bajo el prurito de que él, el juez, entiende que la pretensión está mal formulada. Así, entonces se supone legitimado para anular y para ordenar, en consecuencia, una nueva calificación, que ahora será “su pretensión”. De esa manera se formaliza en extremo el principio acusatorio y bajo esas condiciones el principio de independencia (interna) queda desarticulado. Y todo, porque la Corte concluye que la “mala calificación”, que ella llama, para buscar legitimidad para su desafuero en una ancestral causal de nulidad legal (contenida en el art. 210 del C. de P. P. de 1971), “error en la denominación jurídica del hecho”, constituye violación del “debido proceso”. En fin, así las cosas procura, amén del rompimiento del sentido exclusivamente garantista del principio (del debido proceso), hacer “ciencia procesal”: que como sucede con las nulidades, ellas apenas proceden por errores *in procedendo* y nunca por errores *in iudicando* y que como se trata de la violación del debido proceso, entonces todo resulta elementalmente consistente. Véase por toda la doctrina de la Corte, la sentencia de casación de febrero 4 de 1991, con ponencia de Jorge Aníbal Gómez Gallego, en *Jurisprudencia y Doctrina*, abril de 1991, págs. 527 a 536; también sobre el tema se ha pronunciado recientemente SUÁREZ SÁNCHEZ (*El debido proceso*, págs. 240 y 241), quien no obstante subrayar la dramática situación del principio acusatorio por virtud de la tesis de la Corte Suprema de Justicia (“... de manera que de atender el fiscal la insinuación del juez sobre la variación de la acusación ello implicaría, en últimas, que los cargos son formulados por este”), comparte el criterio sobre la entidad provisional de la resolución de acusación y, por ende, sobre la posibilidad de su variación por prueba sobreviniente, que es la tesis de los profesores BERNAL y MONTEALEGRE (véase ed. cit.), y que de algún modo es la tesis mayoritaria de la Corte Constitucional, desde cuando con la sentencia C-491 de 1996 (ponente: José Gregorio Hernández) determinó que el juez no está condicionado por la resolución de acusación, lo que valió para que el magistrado Eduardo Cifuentes manifestara que la Corte estaba creando así la sentencia-resolución de acusación.

⁵⁷ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ed. cit., pág. 446.

- ARAGÓN REYES, MANUEL: *Constitución y democracia*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989.
- ATIENZA, MANUEL: "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", en *Jueces para la democracia*, núm. 22, Madrid, 1994.
- BANDRÉS, JOSÉ MANUEL: *Poder judicial y Constitución*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1987.
- BARBOSA CASTILLO, GERARDO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU: *Bienes jurídicos y derechos fundamentales*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- BARCELLONA, PIETRO: *Postmodernidad y comunidad, el regreso de la vinculación social*, Madrid, Edit. Trotta, 1992.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNET, EDUARDO: *El proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994, pág. 229.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ: *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1994.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS: "Comentarios a una providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales, que declaró la inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 57, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN: "La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves", en *Jueces para la democracia*, núm. 22, Madrid, 1994.
- CARRARA, FRANCESCO: *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1985.
- ELSTER, JON, "Régimen de mayorías y derechos individuales", en AA.VV., *De los derechos humanos*, las conferencias de Oxford Amnesty de 1993, Edición de Stephen Shute y Susan Hurley, Madrid, Edit. Trotta, 1998.
- ESCOBAR MARULANDA, JUAN GONZÁLO: "Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?", en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, J. Cid y Elena Larrauri (Coordinadores), Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI: "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, núm. 16 y 17, Madrid, 1992.
- "El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal", en *Argumentos*, Madrid, diciembre 1980-enero 1981.
- "El Estado constitucional de derecho hoy", en AA.VV., *Corrupción y Estado de derecho*, el papel de la jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez (editor), Madrid, Edit. Trotta, 1996.
- *Derecho y razón*, teoría del garantismo penal, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- GARGARELLA, ROBERTO: *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- KELSEN, HANS: *La garantía de la jurisdicción constitucional*, Madrid, Edit. Debates, 1985.
- LAPORTA, FRANCISCO J.: "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo", en *Historia de la ética*, vol. 3 (Victoria Camps, editora), Barcelona, Edit. Crítica, 1989.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS: "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", en *Claves de razón práctica*, núm. 32, 1997.
- MADISON JAMES, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- MAIER, JULIO B.: "La impugnación del acusador: ¿Un caso de non bis in idem?", en *Ciencias penales*, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, núm. 12, año 8, San José, 1996.
- "Las prohibiciones de valoración probatoria, en el procedimiento penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, Centro de Estudios Penales, Universidad de Antioquia, 1999.
- MOTTA, CRISTINA: "Intereses y derechos: La transición al Estado social", en AA.VV., *Ética y conflicto*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo Editores y Edic. Uniandes, 1995.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992.
- OROZCO ABAD, IVÁN y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho-IEPRI, 1997.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Barcelona, Edit. Tecnos, 1991.
- PÉREZ RESTREPO, BERNARDITA: "Elementos para la recepción de la doctrina del 'bloqueo de constitucionalidad' en nuestro orden jurídico", en *Berbiquí*, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, núm. 4, Medellín, 1995.
- PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY, VANEGAS YEPES, ALBA LUCÍA y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CARLOS MARIO: *Estado de derecho y sistema penal*, Medellín, Diké y Universidad de Antioquia (Instituto de Estudios Políticos), Colección Sistema Penal (dirigida por Juan Oberto Sotomayor Acosta), 1997.
- PRIETO SANCHIS, LUIS: *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Debate, 1990.
- RAMÍREZ MONSALVE, ÉDGAR: "Gobernabilidad y crisis política en Colombia", en AA.VV., *Políticas públicas y gestión social*, Medellín, Edición del Municipio de Medellín, 1997.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR AUGUSTO: "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Diké y Universidad de Antioquia, 1997.

- ROXIN, CLAUS, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Edit. Ariel, 1989.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y LOUIS FAVOREU: *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Edit. Civitas, 1991.
- SERRANO GÓMEZ, ENRIQUE: *Legitimación y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Edit. Anthropos, 1994.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *El debido proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- UPRIMNY, RODRIGO: "El desafío de la reforma al Proceso Penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia", en *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia* (Alfredo Fuentes y Jaime Enrique Granados, editores), Santa Fe de Bogotá, Corporación excelencia en la justicia, 1999.
- VARGAS, ÁLVARO: "¿Es realmente neutra la norma procesal?", en *Temas procesales*, núm. 9, Revista del Dentro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, 1989.
- *La Fiscalía General de la Nación, desde el "Sueño de la Mariposa"*, Ibagué (Colombia), Forum Pacis, 1998.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1987.
- *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO: "Dimensión política de un poder judicial democrático", en *Perfiles liberales*, eds. 33 y 34, 1993 y 1994.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, Valladolid, Edit. Trotta, 1999.