

## CONSTITUCIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA: EL DEBIDO PROCESO EN EL NUEVO CONTEXTO DEMOCRÁTICO DE LATINOAMÉRICA

Arturo HOYOS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *El desbordamiento del presidencialismo.* II. *Otros desafíos de este fin de siglo y del siglo XXI.* III. *El debido proceso en el contexto de las respuestas a los desafíos futuros que enfrentarán los órganos judiciales.* IV. *Los jueces, la lucha político-ideológica y el problema de la gobernabilidad de nuestras democracias.* V. *El debido proceso como derecho fundamental de carácter instrumental: aspectos generales y elementos esenciales.* VI. *Las nuevas dimensiones del debido proceso.*

El tema de las relaciones entre la tarea de impartir justicia y la Constitución es ciertamente amplio y no podríamos agotarlo en esta ponencia. Por esta razón he considerado conveniente concentrarme en algunas facetas de esta compleja relación, pero ubicándola dentro del contexto más general de los desafíos que enfrenta la judicatura de Latinoamérica en los momentos actuales.

### I. EL DESBORDAMIENTO DEL PRESIDENCIALISMO

Nuestra región es un espacio geográfico en el que prima por excelencia la forma presidencialista de democracia, hasta tal punto que se ha afirmado en una obra recién publicada que Latinoamérica es “el continente del presidencialismo”.<sup>2</sup> Ello es evidente ya que nunca se ha consolidado en el área una democracia parlamentaria, a diferencia de lo que ha ocurrido en Europa.

No soy de los que estiman que los sistemas parlamentarios serían más convenientes para las naciones de la región, pero ello no me impide ver algunas dificultades que surgen en nuestras formas de gobierno presidenciales. Con razón se ha afirmado que en América Latina “ la presencia del presidente en el ejercicio del poder es manifiesta dentro de la estructura del Estado: sólo

1 Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

2 Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo, *The Fallure of Presidential Democracy, The case of Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1994, vol. 2, Prefacio, p. X.

los factores reales le ponen coto a esa realidad y, en algunos casos la prohibición de la reelección y el control jurisdiccional de su desempeño”.<sup>3</sup>

Si bien las elecciones presidenciales tienen la gran ventaja de que el pueblo puede escoger en forma directa la persona que encabeza el gobierno durante un período determinado (en los sistemas parlamentarios lo escogen los políticos electos para puestos parlamentarios), este elemento, en algunos casos, ha dicho el politólogo Juan J. Linz,<sup>4</sup> puede conducir a que el presidente adquiera un sentido de su poder y de sumisión que no guarda proporción con la limitada mayoría que lo eligió y “esto hace que las resistencias que encuentra en el sistema de gobierno y en la sociedad las perciba como más frustrantes, desmoralizadoras e irritantes” que un primer ministro acostumbrado a que su posición depende de sus ministros, su partido y el Parlamento.

En ocasiones, el poder presidencial, molesto con el control judicial, busca mediatizarlo, imponerle duras limitaciones presupuestarias o impulsar reformas judiciales tendentes a neutralizarlo. Este es el primer gran desafío que enfrentan algunas ramas judiciales de la América Latina postautoritaria. Es cierto que en otros casos, como en Panamá, el poder presidencial es en general respetuoso de la independencia judicial, pero aun en estos casos dicho poder es el que en última instancia adjudica los recursos de que dispone el Estado para hacer frente a las necesidades colectivas y en dicha distribución el órgano judicial usualmente ocupa un sitio relegado.

## II. OTROS DESAFÍOS DE ESTE FIN DE SIGLO Y DEL SIGLO XXI

No es tarea fácil precisar los rasgos que habrán de caracterizar a nuestra sociedad en los próximos años.

Es necesario, sin embargo, examinar determinadas tendencias que empiezan desde ahora a percibirse en el escenario contemporáneo, ya que es dentro de este contexto en el que se han de producir los conflictos que el derecho a través de los tribunales de justicia, deberá tratar de solucionar.

El historiador británico Paul Kennedy afirma<sup>5</sup> que existen algunas tendencias en las sociedades actuales que presentarán grandes desafíos durante los próximos decenios.

<sup>3</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 1991, pp. 263-265.

<sup>4</sup> “Presidential or Parliamentary Democracy: Does it make a difference?”, en *The Failure of Presidential Democracy*, vol. 2, p. 19.

<sup>5</sup> *Preparing for the Twenty First Century*, Nueva York, Ed. Random House, 1993, 428 pp.

Ellos son el crecimiento de la población y sus múltiples impactos sobre el empleo, los servicios públicos y la seguridad nacional: los países con poblaciones jóvenes y desempleadas experimentan mayor violencia.

En segundo lugar, se nos presenta la actual revolución financiera y en las comunicaciones y el ascenso de las corporaciones multinacionales. Lo cual nos conduce cada vez más a un mundo con fronteras más difusas, que exigirá grandes esfuerzos de nuestros países para no quedarnos al margen de estos gigantescos avances: requeriremos una población bien educada, una estructura financiera sofisticada, enormes “depósitos de conocimientos” tales como bibliotecas, computadoras y laboratorios, capital y empresarios dinámicos y un sistema jurídico flexible con tribunales de justicia independientes y eficientes.

La automatización y una nueva revolución industrial acompañada por el uso creciente de robots, es un tercer elemento de este nuevo panorama, dentro del cual tienden a producirse crecientes daños al medio ambiente y a los recursos naturales no renovables, como consecuencia del aumento en la población, la urbanización y el desarrollo de la industria. Este último asunto, el cuarto para el que debemos prepararnos, es de gran trascendencia: desde los años cincuenta se han perdido cerca del veinte por ciento (20%) de las tierras cultivables y de los bosques tropicales y decenas de miles de especies animales y vegetales, y se ha producido un recalentamiento de la tierra debido a las emisiones de dióxido de carbono.

La internacionalización de la actividad financiera y económica hace que muchas veces el Estado-nación tradicional sea un instrumento insuficiente para hacer frente a ciertos problemas, tales como el tráfico internacional de drogas y el terrorismo, y por ello es primaria la necesidad futura de nuevas instituciones internacionales de nuestra vinculación a esquemas de integración económica y de una reforzada cooperación entre las autoridades judiciales de diversos Estados. Lo que entrañará una dilución de la soberanía, en su acepción tradicional. Este es nuestro sexto desafío.

Vivimos en una época “postutópica”, como lo ha denominado el politólogo Zbigniew Brzezinski.<sup>6</sup> Es una era marcada por el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente, entre ellas el fascismo y el comunismo y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el respeto al debido proceso fueron instituciones despreciadas y condenadas “al basurero de la historia”, y por el renacimiento de nacionalismos excluyentes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas; hay incluso

<sup>6</sup> *Out of Control, Global turmoil on the eve of the 21st Century*, Nueva York, Eds. Charles Scribner

y Maxwell Macmillan, 1993, p. XV.

quienes afirman, como el académico de Harvard, Samuel Huntington, que los conflictos futuros tendrán una configuración distinta, ya no con base en las ideologías tradicionales, sino con base en la visión cultural-religioso-étnica por la cual se definen las diversas civilizaciones actuales; serán pues conflictos sobre valores más que sobre recursos<sup>7</sup> ¿Se reproducirán esos conflictos a lo interno de nuestros países, donde conviven armónicamente personas de diversas civilizaciones?

Esta realidad “post-utópica” puede ser difícil de aceptar plenamente en Latinoamérica porque, como lo ha señalado el escritor mexicano Carlos Fuentes, desde la llegada de Cristóbal Colón

el continente americano ha vivido entre el sueño y la realidad, ha vivido el divorcio entre la buena sociedad que deseamos y la sociedad imperfecta en la que realmente vivimos. Hemos persistido en la esperanza utópica porque fuimos fundados por la utopía, porque la memoria de la sociedad feliz está en el origen mismo de América, y también al final del camino, como meta y realización de nuestras esperanzas.<sup>8</sup>

Pero ese derrumbe de la utopía totalitaria, y de los esquemas autoritarios en la mayoría de nuestros países, es real ofrece posibilidades de construir una visión de nuestro futuro edificada sobre la libertad, en la cual el Estado de derecho arraigue en Latinoamérica.

### III. EL DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO DE LAS RESPUESTAS A LOS DESAFÍOS FUTUROS QUE ENFRENTARAN LOS ÓRGANOS JUDICIALES

¿Qué entraña todo esto para los órganos judiciales de América Latina? Que debemos prepararnos para hacer frente a estos futuros desafíos si deseamos modernizarnos ya que son las respuestas a los grandes retos las que engranecen a las civilizaciones, como sostenía el historiador Arnold Toynbee.<sup>9</sup>

Los elementos que integran el debido proceso deben verse en el contexto de los cambios que es necesario introducir en las tareas que desempeñan los jueces al administrar justicia.

1. Debemos reorientar la educación de los jueces hacia nuevas materias, tales como las relacionadas con el manejo de las nuevas tecnologías informá-

7 “The Clash of Civilizations?”, revista *Foreign Affairs*, verano de 1993,

8 *El espejo enterrado*, México, FCE, 1992, p. 10.

9 *A Study of History*, Nueva York, edición en un volumen a cargo de Arnold Toynbee y Jane Kaplan, 1979, pp. 97-110.

ticas y temas referentes a asuntos bancarios y financieros y al tráfico y consumo de drogas ilícitas, a fin de que puedan enfrentar eficazmente las nuevas clases de actividad ilícita. Nuestras escuelas judiciales deberán enfocar su actividad docente hacia las nuevas realidades de una sociedad dominada por la información.

2. Será necesario incorporar las nuevas tecnologías a las tareas de los jueces. El impacto de la tecnología sobre los tribunales de justicia se producirá en dos planos: a) La introducción de computadoras personales para uso de los jueces y asistentes permitirá la redacción, sobre formatos previos, de resoluciones judiciales, al igual que la investigación de la jurisprudencia, su difusión al conectarse a bancos de datos y una reducción substancial en la duración de los procesos; y b) La utilización de videocintas y videodiscos que harán posible la recepción de pruebas testimoniales y, en general, el registro de la audiencia, que ahora llevamos por medios escritos. Esto permitirá agilizar las audiencias y dará al juez de apelación y al de casación real inmediatez al momento de revisar la evaluación de las pruebas practicadas en otra instancia en que aquél no estuvo presente.

3. El previsible aumento de la población y de los conflictos requerirán incrementos en el número de tribunales existentes y quizás la creación de instituciones que desempeñen funciones de mediación, conciliación y arbitraje tendentes a ofrecer mecanismos extrajudiciales de solución de ciertos conflictos que pueden ser manejados con mayor propiedad fuera del ámbito judicial.

4. Los riesgos que corren el medio ambiente, los recursos naturales y los consumidores ante nuevas formas de actividad económica requieren de nuevos instrumentos procesales para la defensa de los intereses colectivos y de los llamados intereses difusos. La defensa del medio ambiente también se debe plantear en el terreno de la legislación penal con la incorporación de los delitos ecológicos.

5. La internacionalización de la actividad financiera y económica, al igual que fenómenos como el tráfico de drogas, hacen necesario recurrir con mayor intensidad a la cooperación judicial internacional y a la creación de instituciones judiciales supranacionales, para que esos fenómenos no hagan nugatorios nuestros esfuerzos para enmarcarlos dentro del derecho, sólo a través de la cooperación judicial internacional y de tratados de asistencia legal que nos permitan aunar esfuerzos con otras naciones podrán los jueces estar preparados para enfrentar esos fenómenos y las formas delictivas que generan.

Este fenómeno también ha conducido a la internacionalización de la cooperación de la que los jueces de nuestra región no están a salvo. Habrá también que acudir a la cooperación internacional para combatirla.

6. La revolución en las telecomunicaciones requeriría que se adopten medidas procesales para que los jueces puedan proteger el derecho a la intimidad de las personas.

7. La carrera judicial debe perfeccionarse y ante el desbordamiento del presidencialismo en algunos países de la región la estabilidad de los jueces en sus cargos es esencial para preservar la independencia judicial. En este sentido se pronunció la Tercera Conferencia Judicial de las Américas. Las reformas judiciales promovidas sin la participación y aquiescencia de los jueces que tienden a trasladar la lucha ideológico-política a los tribunales de justicia, como ha ocurrido en Guatemala y en Puerto Rico, van mal encaminadas pues pueden desviar a la judicatura hacia senderos ajenos a ella.

8. Las conductas delictivas que enfrenarán los jueces revelan que tendremos que rehacer nuestras leyes penales con base en lo siguiente: a) La víctima del delito y no el delincuente debe ser el centro de gravedad de la legislación penal: b) Deberán preverse nuevos tipos delictivos, como los delitos ecológicos y los informáticos: c) Ciertos delitos de menor seriedad podrían dejarse a mecanismos extrajudiciales de conciliación, permitirse la transacción entre la víctima y el ofensor y dejar que los tribunales resuelvan los delitos de mayor gravedad: d) Aumento de las penas para ciertos delitos violentos, como el secuestro y el robo: e) La acción penal dimanante de delitos como la tortura o el tráfico de drogas no debe prescribir.

9. Prepararnos para todo lo anterior requiere una significativa transferencia de recursos económicos hacia el respectivo órgano judicial de cada país. Si éste no cuenta con el presupuesto adecuado, la brecha entre las expectativas de la población en torno a la justicia y el desempeño de ésta se ensanchará, en perjuicio de las instituciones democráticas. Sólo si se cumple con este requisito los jueces podremos contribuir eficientemente al proceso de modernización de cada uno de nuestros países y cumplir con las obligaciones internacionales que contraiga cada Estado en materia de cooperación judicial con otras naciones.

#### IV. LOS JUECES, LA LUCHA POLÍTICO-IDEOLÓGICA Y EL PROBLEMA DE LA GOBERNABILIDAD DE NUESTRAS DEMOCRACIAS

Los ordenamientos jurídicos de nuestra región, en general, son muy claros al disponer que los cargos en el órgano judicial son incompatibles con toda participación en la política, salvo la emisión del voto en las elecciones. Muy sabias son esas normas. El elemento del político, sostenía Max Weber, lo

constituyen la lucha por el poder, la pasión, la parcialidad.<sup>10</sup> Otras son las tareas y actitudes propias del juez: solucionar el conflicto, no ser parte activa o interesada en él; su actitud ante las controversias debe ser reflexiva, para lo cual debe morigerar sus pasiones; y la imparcialidad debe ser su posición permanente. Si un juez participa en política quebranta la legalidad y socava la legitimidad democrática.

Por esa misma razón, los organismos de justicia no deben ser politizados y los conflictos estrictamente políticos deben resolverse por medios políticos y no en los tribunales de justicia. No hay que perder de vista, en cuanto al elemento político que hay quienes consideran que las democracias actuales atraviesan por una crisis de descontento cívico o moral que se manifiesta, entre otras cosas, por una amplia desconfianza con respecto a los políticos, que en algunos casos se traduce en una nueva impaciencia frente a patrones de corrupción que habían sido prolongadamente tolerados (Italia y Japón).<sup>11</sup> Con ello, se refuerza la idea aquí expuesta de mantener a los tribunales de justicia alejados del elemento político, particularmente en la presente coyuntura.

Lo anterior se debe enmarcar dentro del contexto del problema más general de gobernabilidad de nuestras democracias. Sobre esto, el politólogo Yehezkel Dror ha señalado, en un avance del Informe al Club de Roma, que “en su estado actual y en sus mejores momentos, los gobiernos apenas si pueden afrontar los retos y las oportunidades pendientes” y añade que “como mínimo hay que rediseñar la gobernación para que sea mucho más moral, consensuada, enérgica, profunda, sabia y creativa. Pluralista y decisoria”.<sup>12</sup> No es solamente, pues, lo concerniente a la judicatura, que aquí nos ocupa, lo que debe ser objeto de cambios para hacer frente a los grandes problemas que se presentan en la actualidad, sino también otros poderes del Estado y, en general, la forma en que se encuentran estructuradas constitucional y efectivamente las democracias latinoamericanas si éstas han de ser gobernables en el futuro.

Para mí es evidente que la politización de los tribunales de justicia de la región conducirá con toda seguridad a un agravamiento del problema de gobernabilidad de nuestras democracias y esta es una razón adicional para evitarla.

10 “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Madrid, Alianza editorial, 1967, p. 115.

11 Maier, Charles S, “Democracy and Its Discontents”, revista *Foreign Affairs*, julio-agosto de 1994, p. 55.

12 *La capacidad de gobernar. Avance del Informe al Club de Roma*, Barcelona, Círculo de Lectores, junio de 1994, p. 17.

## V. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CARÁCTER INSTRUMENTAL: ASPECTOS GENERALES Y ELEMENTOS ESENCIALES

Aquí nos ocupamos de una institución que está incluida dentro de un género más amplio integrado por las garantías constitucionales del proceso. Esta última categoría ha sido definida por Héctor Fix-Zamudio como

aquellas que integran el sector jurídico... integrado por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento...<sup>13</sup>

Como este derecho fundamental cumple ante todo una función garantista de los otros derechos fundamentales creemos adecuada su designación como garantía. Viene aquí a la mente la distinción de Karl Schmidt entre derechos fundamentales y garantías institucionales, ya clásica en esta materia.

Estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera, para los titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso.<sup>14</sup> Es, pues, un derecho fundamental en que se palpa la superación de la concepción clásica de los derechos fundamentales como un campo de libertad ante el Estado para resaltar el aspecto positivo que vincula a la organización estatal a un deber positivo, de brindar una prestación a los ciudadanos.

El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es para pensadores de la talla de John Rawls, profesor de la Universidad de Harvard, un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (*rule of law*)<sup>15</sup> y entiende que debido proceso es aquél “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias”.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, p. 106. En la misma obra Fix-Zamudio señala que estas garantías vienen a integrar un “derecho fundamental de justicia a través del proceso” (p. 31), y también se refiere a ellas como derechos subjetivos públicos conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas constitucionales, con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales intervienen, pp. 25-31.

<sup>14</sup> Cfr. mi trabajo *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1993, pp. 42 y ss.

<sup>15</sup> *A Theory of Justice*, Londres, Oxford University Press, 1973, p. 239.

<sup>16</sup> *Ibidem*. La versión al español es nuestra.



Por otra parte, hay quienes consideran al debido proceso como un principio general del derecho, común a la tradición occidental, y con fuerza normativa incluso a falta de un texto jurídico positivo que lo consagre.<sup>17</sup> Perelman lo incluye entre las nociones jurídicas de contenido variable, idea cercana a la de concepto jurídico indeterminado que emplea Eduardo García de Enterría<sup>18</sup> para referirse a esta institución.

Karl Larenz, que considera a la institución de que nos ocupamos como uno de los dos principales principios procesales de un Estado de derecho —el otro es la imparcialidad del juez— se refiere al debido proceso como “el principio de contradicción” o el “principio de audiencia”, vinculándolo con el respeto a la persona humana, a la que debe darse ocasión de manifestarse antes de que otra persona tome una decisión en un asunto que concierne a la primera. Este jurista atribuye tal relevancia a este principio que sostiene que él

debe regir también en la actuación de la administración pública y como principio moral fuera de la esfera del derecho. Por ejemplo, entre padres e hijos capaces de discernimiento o cuando un educador reprocha su comportamiento a un alumno. Para ello no es necesaria una juridificación de todas estas relaciones. Es cabalmente un elemental imperativo de justicia y ejercerlo es también un mandamiento moral.<sup>19</sup>

Nosotros nos ocupamos más del debido proceso como una de las instituciones procesales que, gradualmente, han adquirido el “rango de derechos cívicos o fundamentales”, para usar la expresión de Eduardo Couture,<sup>20</sup> ya que, como decía Piero Calamandrei, el derecho inviolable de defensa ha entrado al campo constitucional “entre los derechos fundamentales reconocidos a todos”.<sup>21</sup>

17 Perelman, Ch., “Law and Morality”, en su colección de ensayos *Justice. Law and Argument* (traducción al inglés de W. Kluback), Holanda, Ed. D. Reidel Publishing House, 1980, p. 114.

18 “Les notions a contenu variable en droit, essai de synthèse”, en la obra colectiva *Les Notions a Contenu Variable en Droit*, Bruselas, Ed. Bruylant, 1984, p. 363; del autor español *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 230. Este último autor traduce la expresión *due process of law* como “debido procedimiento de derecho”, lo que consideramos incorrecto porque la expresión se refiere históricamente al proceso judicial y no al procedimiento administrativo al cual vino a incorporarse en el derecho inglés siglos más tarde, por una parte, y, por otra parte, hace relación no al derecho sino a la ley.

19 Derecho justo, fundamentos de ética jurídica (traducción del alemán de Luis Díez-Picazo), Madrid, Civitas, 1985, p. 188 y 189.

20 “Las Garantías Constitucionales del proceso civil”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1978, t. I, p. 22.

21 “El respeto de la personalidad en el proceso”, en *Proceso y democracia* (traducción de Héctor Fix-Zamudio), Buenos Aires, EJEJA, 1960, p. 179.

Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre ligado a la idea de un gobierno limitado,<sup>22</sup> sobre todo, a través del derecho, ya que dicho principio, a través de una evolución histórico-política a la que nos referimos más adelante, ha encontrado sitio en las constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no solo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción.

El debido proceso es, pues, una institución de fundamental importancia tanto en el plano jurídico, como en el político y el moral. Dada la naturaleza de esta ponencia nos concentraremos en el primero, aunque sin perder de vista el segundo, con el cual se encuentra estrechamente vinculado.<sup>23</sup>

### 1. Origen histórico

Parece existir acuerdo en que la fuente original del concepto —aunque no de la expresión debido proceso (*due process of law*)— puede encontrarse en la Carta Magna. Esta última fue expedida en Inglaterra por el rey Juan en 1215, para reconocer una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede, y constaba originalmente de 63 capítulos. Como es sabido la Carta Magna fue expedida en latín, el idioma oficial y de los medios cultivados e intelectuales de Inglaterra.<sup>24</sup>

En el capítulo 39 el rey Juan prometió lo siguiente:

*Nullus liber homo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruetur, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* (Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exilado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra).

22 Matteucci, Nicola, “Constitucionalismo”, en *Diccionario de Política A-J*, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, 2a ed., España, Siglo XXI, 1982, pp. 396 y ss, también Friedrich, Carl J, “Constitutions and Constitutionalism”, en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Estados Unidos, Ed. CollierMcmillan, 1968, vol. 3, p. 319.

23 No nos ocupamos detalladamente en esta ponencia de los aspectos penales del debido proceso. Los interesados en esta materia pueden consultar el trabajo del doctor Ricardo Levene hijo *El debido proceso penal*, Costa Rica, Naciones Unidas, Ilanud-Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1981, y la obra de Sendra, Gimeno, *Constitución y proceso*, Madrid, Ed. Tecnos, 1988.

24 Cfr. la colección de ensayos *Due Process*, editada por R. Pennock y J. Chapman, Nomos VXIII, New York University Press, 1977.

Las frases claves en el texto citado del capítulo 39 de la Carta Magna, para los efectos de las garantías procesales que aquí nos interesa destacar, son el *legale iudicium parium suorum*, que, según Couture, “configura la garantía del juez competente<sup>25</sup> y sobre todo, el juicio *per legem terrae*, que en el contexto actual, podría ser equivalente a la ‘garantía de la ley preexistente’”.<sup>26</sup>

Lo cierto es que la expresión *per legem terrae*, que es la fundamental para la evolución posterior, en su contexto original, pareció oponerse, la “*legem*” a los decretos del rey Juan y *terrae* (de la tierra) a normas jurídicas más restringidas como a leyes expedidas por el mismo rey (en la Carta Magna se utiliza extensamente la expresión *lex regnum*), o las leyes de *East Anglia* o, incluso, ciertas leyes marítimas. La expresión se vinculó luego al derecho consuetudinario o común (*common law*) de Inglaterra.<sup>27</sup>

Al año y medio de haber emitido la Magna Carta el rey Juan falleció y debido al carácter personal del gobierno feudal, su sucesor el todavía niño rey Enrique III reafirmó la Carta en 1216. Esta fue la primera vez de unas treinta en que la Carta fue reexpedida por monarcas ingleses durante los dos siglos siguientes, incluso varias veces bajo un mismo monarca obedeciendo a crisis políticas.

En la reexpedición de la Carta en 1225, también bajo Enrique III, el documento fue reducido de 63 a 37 capítulos, y la futura cláusula sobre debido proceso, todavía *per legem terrae*, pasó del capítulo 39 original al capítulo 29. Unos doce años después, el documento fue denominado “Magna Carta” oficialmente por primera vez.<sup>28</sup>

Es sin embargo, en 1354, cuando la Magna Carta es expedida bajo el rey Eduardo III, que dicho documento aparece por primera vez en el idioma inglés. Y así, en el capítulo 29, en lugar de la expresión *per legem terrae*, aparece la expresión inglesa *due Process of law*,<sup>29</sup> la cual ha sido traducida a nuestro idioma comúnmente como el debido proceso legal o simplemente el debido proceso aunque, como hemos visto, hay quienes como Eduardo García de Enterría prefieren traducirla como debido procedimiento de derecho, versión que no compartimos por lo expuesto en la nota 11. El texto de la Carta en idioma inglés tal como fue expedida en 1354 es el siguiente:

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>26</sup> Couture, *op. cit.*

<sup>27</sup> Miller, Charles A., “The forest of Due Process of Law”, en obra citada *Due Process*, p. 5.

<sup>28</sup> Jennings, Ivor, “Magna Carta and Constitutionalism in the Commonwealth”, en W. Dunham Jr., y otros, *The Great Charter*, Nueva York, Pantheon Books, 1965, p. 75.

<sup>29</sup> Hailsham, Lord, *Hanlym Revisited: The British Legal System Today*, Londres, Ed. Stevens, 1983,

*That no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenemen— nor taken nor imprisoned, nor disinherited nor put to death, without being brought in answer by due process of the law.*<sup>30</sup> (Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal). (mi traducción).

Posteriormente, también en Inglaterra, la cláusula del *due process of law* aparece consagrada en el *Petition of Right* de 1627, preparada por las ideas del distinguido jurista Edward Coke, y el *Habeas Corpus Act* de 1640.

## 2. De una protección para barones feudales a un derecho fundamental y de carácter internacional para todos

Es importante que no perdamos de vista la evolución de esta institución, desde su consagración original en la Carta Magna, hasta su posterior incorporación en las constituciones de los Estados contemporáneos y, más recientemente, su presencia en ciertos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos.<sup>31</sup>

Como bien lo ha señalado Pérez Luño “la historia del proceso de positividad de los derechos fundamentales comienza en la Edad Media”.<sup>32</sup> Entre los documentos medievales de mayor trascendencia en esta materia está la Carta Magna, a la cual ya nos hemos referido. En este documento, sin embargo las protecciones del debido proceso y otras fueron reconocidas en forma contractual y particular y se otorgaron sólo a aquellas personas pertenecientes a un estamento feudal: la nobleza.

Con el advenimiento del constitucionalismo el debido proceso es reconocido como un derecho fundamental para todos, consagrándose ya como una institución de derecho público, cuya titularidad no se limita ya a un estamento o clase social.

La evolución de este derecho fundamental ha trascendido el plano constitucional. Así, este derecho ha sido recogido en varios convenios internacionales de derechos humanos. Como lo señala el distinguido jurista Héctor Fix-Zamudio “los principios fundamentales del debido proceso legal y de la

<sup>30</sup> Cfr. Denning, Lord, *The Due Process of law*, Londres, Ed., Butterworths, 1980, p. V.

<sup>31</sup> El catedrático español Antonio E. Pérez Luño, en su obra *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, se ocupa de la evolución “diacrónica” de los derechos humanos en las pp. 108 a 130 satisfactoriamente.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 111.

defensa en juicio, en sus diversos aspectos, han sido elevados a la categoría de disposiciones internacionales, al ser consagrados por diversos convenios...”<sup>33</sup> tanto regionales como universales.

### 3. Nuestra definición de esta institución

Para entender el debido proceso a nosotros nos parece más adecuada la teoría de la institución, tal como ha sido formulada por el profesor alemán Peter Haberle. Para este autor en el estado social de derecho, los derechos fundamentales poseen una doble función: por una parte, siguen siendo garantía de la libertad individual y por la otra, tienen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados.<sup>34</sup> De esta forma, los derechos fundamentales constituyen derechos objetivos, por una parte, pero además son elementos fundamentales de un orden objetivo de la comunidad en cuanto que ella se configura como marco de una convivencia humana que encuentra su marco jurídico en la constitución política.

Entendida, pues, la garantía constitucional del debido proceso como una institución debemos entonces dilucidar su contenido esencial. Para ello debemos identificar los elementos de esta garantía y los intereses por ella protegidos de tal forma que cualquier limitación que se imponga a ellos a través de una ley, acto administrativo o por resolución judicial, que conduzcan a que, en la práctica, esos intereses se hagan impracticables o se les niegue una protección razonable, pueda entonces considerarse que son contrarias a la norma constitucional respectiva. La categoría de institución que hemos atribuido al debido proceso define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de este derecho fundamental de carácter instrumental.

De esta forma, nosotros entendemos que la garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y con-

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>34</sup> Citado por Pérez Luño, *op. cit.*, p. 300.

formas a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.<sup>35</sup>

Esta definición que hemos otorgado a la garantía constitucional que estudiamos comprende los diversos elementos que la integran y los intereses que ella protege de manera que ellos no pueden ser desconocidos o limitados en forma irrazonable de tal forma que hagan nugatoria la protección prevista en dicha garantía, ni por actos del órgano legislativo ni del ejecutivo ni del judicial.

Decimos que la garantía constitucional del debido proceso legal es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva —integrada en un todo unitario que es la Constitución— a la cual se adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivos de los derechos.

El debido proceso legal, como institución instrumental, que engloba una amplia gama de protecciones y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones por lo que decimos que es compleja, sirve de medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción, formulan pretensiones ante el Estado para que éste decida sobre ellas conforme al derecho.<sup>36</sup>

La institución que estudiamos encierra una idea común y objetiva e implica la subordinación de una pluralidad de normas y actos de inferior jerarquía a sus exigencias objetivas que deben verse estrechamente con su finalidad, consistente en que el haz de protecciones instrumentales que aquélla comprende, sirvan a las personas como un medio efectivo para la defensa y realización de sus derechos. Estos últimos pueden derivar de diversas fuentes (constitucionales, legales, convencionales, etcétera), y todos merecen la tutela judicial que debe ofrecer el Estado a través, de un proceso rodeado de una serie de reforzamiento y protecciones institucionales que apuntalan el ejercicio y defensa efectivos de los derechos materiales, sin perjuicio de la jerarquía que pueda establecerse entre los diversos derechos y la protección prioritaria que consecuentemente les pueda ofrecer a algunos derechos el ordenamiento jurídico nacional.

<sup>35</sup> Cfr. mi ensayo *La interpretación constitucional*, Santafé de Bogotá, Temis, 1993, p. 60.

<sup>36</sup> El distinguido jurista español Jaime Guasp entendía el proceso como una institución, aunque para este autor “la idea común y objetiva que en él se observa es la de la satisfacción de una pretensión” Cfr. *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I, p. 22. Este autor rechaza el carácter instrumental del derecho procesal (p. 33), pero dicho carácter es ampliamente aceptado por los procesalistas, sin perjuicio de la autonomía de esta rama del derecho, Cfr. Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 10-12.

Sobre este último aspecto, una posible jerarquía de los derechos según los valores que se estimen prioritarios, también es conveniente señalar que los diversos derechos materiales son susceptibles de defenderse o hacerse efectivos a través de diferentes normas procesales, por lo que los requerimientos de un debido proceso legal pueden variar según la materia de que se trate (civil, penal, laboral, fiscal, contencioso-administrativo, etcétera), pero siempre existirá un núcleo de protecciones común a todos.

Muy ligada a esta institución instrumental se encuentra una nota característica del “estilo” de los sistemas jurídicos occidentales: la lucha por el derecho. Si bien es cierto que una de las finalidades de un ordenamiento jurídico es lograr una paz social justa, las personas deben luchar para alcanzarla, y, en este sentido, el debido proceso legal permite a las personas luchar civilizadamente para defender sus derechos en forma efectiva. A este respecto cabe recordar lo señalado por Ihering: “La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz: la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo” y agrega que

todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza: he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia, se completan recíprocamente.<sup>37</sup>

Este autor del siglo XIX presenta un “doble principio” así: “resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral: es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”.<sup>38</sup>

La noción que aquí hemos expuesto coincide con la que presenta en una recentísima y excelente obra el distinguido jurista argentino Augusto M. Morllo.<sup>39</sup> Para él

37 Ihering, R., *La lucha por el derecho* (trad. al español de Adolfo Posada), Buenos Aires, Ed. Perrot, pp. 57 y 58. No debe olvidarse que Ihering define el derecho como “la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad asegurada por medio de la fuerza coactiva del Estado” (cuyo poder se encuentra limitado por la ley, de conformidad con el principio del Estado de derecho, según este autor). Sobre esta definición *cfr.* Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho* (traducción de L. F. Lorca Navarrete), 3a. ed., Madrid, Pirámide, 1983, vol. 3, p. 164.

38 *La lucha por el derecho*, p. 71.

39 *El proceso justo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 265.

proceso justo constitucional presupone, involucra, contiene, se integra y despliega a través del acceso a la jurisdicción sin obstáculos que en los hechos le vedan el derecho a ser oído, a gestionar y practicar prueba pertinente, a alegar, a una sentencia suficientemente motivada, a que el proceso sea rápido y se lo defina en un plazo razonable: a poder proponer los recursos, a que las garantías de bilateralidad (audiencia) y de contradicción sean tangibles; así como que la posibilidad de ejercer los actos y actividades con asistencia técnica adecuada y que el contenido de la defensa no se satisfagan solo formalmente sino de manera efectiva y con la utilidad que procura el Preámbulo a fin de asegurar la tutela cierta de los derechos (artículos 18, Enmienda IV de la Constitución de los Estados Unidos de América: 24,1 Constitución española, 8ª Convención Americana de Derechos Humanos [1969]; 60 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [Roma, noviembre 4 de 1950]... Es más, en la búsqueda de la jurisdicción (obtención de una solución justa), el sistema de la Constitución consagra, con claridad digna de toda alabanza, un modelo de justicia que prohíbe la indefensión.

#### 4. *Textos constitucionales sobre el debido proceso*

Existen muchos textos constitucionales sobre esta materia en nuestra región. Nuestro propósito no es reproducirlos todos aquí, sino sólo algunos que recogen a vía de ejemplo las dos categorías de textos: los escuetos y los explicativos.

Algunas constituciones optan por referirse a la institución que estudiamos de manera muy escueta. Tres ejemplos son las respectivas normas contenidas en las constituciones de Brasil, Panamá y México.

La Constitución de Brasil dispone en su artículo 5º literal LIV que “ninguno será privado de su libertad o bienes sin un debido proceso legal”, fórmula que sigue de cerca la tradicional de la 5ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Sin embargo, la misma Constitución brasileña dispone en el literal LV del citado artículo que “a los litigantes en proceso judicial o administrativo y a los acusados en general les serán asegurados el contradictorio y una amplia defensa, al igual que los medios y recursos a ella inherentes” y en el literal LVI se prevé que “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. El constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho considera que el debido proceso se encuentra realmente contenido en el literal XXXV que dispone que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho.”<sup>40</sup>



La Constitución de Panamá dispone en su artículo 32 que “nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”.

La Constitución de México de 1917 consagra en el segundo párrafo del artículo 14 lo que en este país se denomina la “garantía de audiencia”. Esa norma señala en su parte pertinente que “nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, Ignacio Burgoa ha dicho “el tenor de esta disposición constitucional, concebida en sus propios términos en el proyecto de Constitución elaborado por don Venustiano Carranza y que fueron aprobados sin discusión en el Congreso de Querétaro, corresponde a la fórmula norteamericana del debido proceso legal”.<sup>41</sup> Para este autor la “garantía de audiencia” en el artículo 14 constitucional se integra “mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica..., que son: el juicio previo al acto de privación: que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio”.<sup>42</sup>

Comentando esta disposición, Héctor Fix-Zamudio<sup>43</sup> señala que en lo que se refiere a los derechos protegidos este precepto comprende la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, “con lo cual se abarca toda clase de privación”. Asimismo señala que el juicio ha sido entendido por la jurisprudencia en un sentido lato, es decir, más amplio que el del proceso judicial, puesto que abarca también el procedimiento administrativo. Existen, sin embargo, dos materias en las cuales, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se exige la audiencia previa; por una parte la expropiación por causa de utilidad pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, y, por otra, la fijación de tasas impositivas, así como el ejercicio de la facultad económico-coactiva, pues, como lo recuerda Fix-Zamudio, en esta materia se puede acudir posteriormente a medios de impugnación judicial, incluyendo el juicio de amparo.

Existen, por otro lado, normas constitucionales en Latinoamérica y en España que representan otra tendencia distinta y donde se recogen con mucha

41 *Las garantías individuales*, 12a ed., México, Porrúa, 1979, p. 550.

42 *Idem*, p. 551.

43 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985, pp. 37 y 38.

mayor amplitud los diversos elementos que integran el debido proceso legal. Dos ejemplos claros de esta tendencia son las normas vigentes en España y Colombia.

El artículo 29 de la Constitución de Colombia de 1991, dispone lo siguiente:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, 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 defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La Constitución de España de 1978 reconoce el derecho fundamental de que nos ocupamos en el artículo 24, norma que también incluye el derecho a la tutela judicial efectiva. El texto de esta norma es el siguiente:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse la indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa a la asistencia de letrado, a ser informados de la actuación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones incluidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

## VI. LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL DEBIDO PROCESO

Ya hemos dicho con anterioridad que vivimos, en general, en una época “postutópica”. En el terreno legal esta tendencia general contemporánea se

proyecta, como lo ha sostenido el jurista norteamericano Bryant G. Garth,<sup>44</sup> en que como punto de partida debemos reconocer que la solución para todo problema social o económico no necesariamente es su legalización; hay que rechazar pues la utopía legalista. No todos los problemas socioeconómicos son aptos para ser resueltos en un proceso judicial.

Es evidente que el proceso paralelo de constitucionalización e internacionalización del derecho fundamental al debido proceso va adquiriendo nuevas dimensiones a medida que se consolidan las democracias de la región y los órganos judiciales asumen un papel más protagónico en el desarrollo de nuestros países.

Ese derecho fundamental significa ahora una mayor posibilidad de acceso a la justicia, reformas judiciales para hacer más expedito el proceso judicial, fortalecer la independencia judicial.

Por otra parte, también deben considerarse dos dimensiones adicionales del debido proceso; la posibilidad de prever medios alternativos de solución de conflictos, básicamente mediación, conciliación y arbitraje; y la necesaria promoción de la participación de los grupos sociales en el proceso judicial, este último aspecto es de crucial importancia si nuestro constitucionalismo social verdaderamente ha de tener algún impacto en el proceso judicial. La proliferación de organizaciones sociales no gubernamentales en los campos de la protección al medio ambiente y a los consumidores y en el de los derechos humanos debe ir acompañada de mayores mecanismos procesales para la defensa de los intereses colectivos y difusos, ya no solamente en lo que se refiere al reconocimiento de la legitimidad procesal activa de estas asociaciones, sino en la consagración de procesos especiales, quizás abreviados, compatibles con el núcleo esencial del debido proceso pero adaptados a las nuevas realidades de nuestras sociedades latinoamericanas.