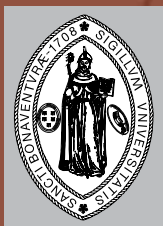


Derecho procesal flexible

Entre el derecho procesal y la administración

Sugerencias para la elaboración de un código de procedimiento judicial

Juan Pablo Domínguez Angulo



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

2014

Derecho procesal flexible.

Entre el derecho procesal y la administración

Sugerencias para la elaboración de un código de procedimiento judicial

*A Elizabeth y Esteban.
Un recuerdo del inicio de nuestras vidas juntos.*



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Derecho procesal flexible. Entre el derecho procesal y la administración

Sugerencias para la elaboración
de un código de procedimiento judicial

Juan Pablo Domínguez Angulo

2 0 1 4

Domínguez Angulo, Juan Pablo

Derecho procesal flexible. Entre el derecho procesal y la administración: Sugerencias para la elaboración de un código de procedimiento judicial / Juan Pablo Domínguez Angulo -- Cali: Editorial Bonaventuriana, 2014

137 p.

ISBN: 978-958-8785-32-5

1. Procedimiento administrativo 2. Recurso contencioso administrativo
3. Administración judicial 4. Actos procesales 5. Doctrinas (derecho) 6. Acción de nulidad 7. Interpretación del derecho 8. Interpretación de las normas jurídicas
9. Colombia - Constitución, 1991 - Comentarios I. Tít.

342.066 (D 23)

D671d

© Universidad de San Buenaventura
 Editorial Bonaventuriana

***Derecho procesal flexible. Entre el derecho procesal y la administración
Sugerencias para la elaboración de un código de procedimiento judicial***

© Autor: Juan Pablo Domínguez Angulo
Grupos de investigación: *Gipcodep.*
Universidad de San Buenaventura Cali

Universidad de San Buenaventura
Colombia

© Editorial Bonaventuriana, 2014
Universidad de San Buenaventura
Dirección Editorial de Cali
Calle 117 No. 11 A 62
PBX: 57 (1) 520 02 99 - 57 (2) 318 22 00 – 488 22 22
e-mail: editorial.bonaventuriana@usbrecgen.edu.co
<http://servereditorial.usbcali.edu.co/editorial/>
Colombia, Sur América

El autor es responsable del contenido de la presente obra.
Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.
© Derechos reservados de la Universidad de San Buenaventura.

ISBN: 978-958-8785-32-5

Tiraje: 300 ejemplares

Cumplido el depósito legal (ley 44 de 1993, decreto 460 de 1995 y decreto 358 de 2000)

Impreso en Colombia - Printed in Colombia.
2014

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

19 TÍTULO I ADMINISTRACIÓN, GERENCIA DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO I	
LA IMPORTANCIA DE LA EFICACIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	
CONCEPTOS IMPLICADOS.....	21
– La justicia.....	21
– Administración de justicia.....	22
– Norma jurídica.....	23
– Legitimidad del Estado	24
– Relación obligatoria y Estado de derecho.....	25
CAPÍTULO II	
UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL.	
CONSIDERACIONES PRELIMINARES	29
– Código único.....	29
– El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.....	34
<i>Código sustancial propio</i>	38
<i>Jueces especializados</i>	39
<i>Normas especiales dentro de un código de procedimiento judicial</i>	39

– El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.....	40
<i>La acción de nulidad y restablecimiento del derecho</i>	40
<i>La acción de reparación directa</i>	40
<i>La acción de controversias contractuales del Estado</i>	41
<i>La acción de nulidad</i>	41
– Código de procedimiento penal.....	42
– Código y estatutos	44
– El arbitramento. Justicia por particulares	45
– Conclusiones.....	48

CAPÍTULO III

LA EFICACIA DEL DERECHO.

EL PROBLEMA DEL SER Y DEL DEBER SER.....	49
– El problema del ser y del deber ser	49
– La metodología del derecho en general y del derecho procesal	54

CAPÍTULO IV

CONCEPTO GUÍA.

PRINCIPIOS Y REGLAS TÉCNICAS	59
------------------------------------	----

CAPÍTULO V

ADMINISTRACIÓN, GERENCIA DE LA JUSTICIA.

PRINCIPIO.....	65
----------------	----

CAPÍTULO VI

EXPLICACIONES AL CONTENIDO PROPUESTO

PARA UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL	73
– Principios	74
– Reglas técnicas.....	77
<i>Proponer las reglas técnicas como herramientas de gerencia y gestión</i>	78
<i>Proponer que las reglas técnicas sean escogidas con criterios administrativos y sobre ellas se ejerza constante gobierno</i>	79
<i>Proponer en un código la identificación de las reglas técnicas para su oportuna y eficaz gestión y de la administración de justicia</i>	80
– Normas de gerencia o administración	81

83 TÍTULO II OBSERVACIONES AL CONTENIDO GENERAL DE UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL

CAPÍTULO VII

PRIMER CONTENIDO ESENCIAL DE UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL85

- Principios constitucionales89
- Principios legales o doctrinarios del derecho procesal94
- Principios de administración o gerencia,
gestión de la administración de justicia.....98

CAPÍTULO VIII

SEGUNDO CONTENIDO ESENCIAL DE UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL. REGLAS TÉCNICAS107

- Reglas técnicas dispositiva e inquisitiva112
 - Problemática oralidad/escritura y única/segunda instancia
y mediación/inmediación115*
 - Mediación e inmediación120*
 - Regla técnica de la conciliación o de los métodos alternativos
de solución de conflictos122*

CAPÍTULO IX

TERCER CONTENIDO ESENCIAL DE UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL. REGLAS ESPECÍFICAS DE GERENCIA Y ADMINISTRACIÓN.....125

- Conclusiones.....129

BIBLIOGRAFÍA.....133

Introducción

En respuesta a la convocatoria de responsabilidad social que hicieran el Ministerio del Interior y de Justicia, con presencia del ministro Germán Vargas Lleras; el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, liderado por su presidente Jairo Parra Quijano; la Fundación Konrad Adenauer Stiftung; el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios y el Grupo *Legis*, durante el lanzamiento del proyecto de código general del proceso, evento llevado a cabo el 17 de marzo de 2011 en la Biblioteca Luis Ángel Arango, me permito presentar a través de este trabajo algunos argumentos acerca de cómo elaborar un *código de procedimiento judicial*. Antes, quisiera hacer algunos comentarios puntuales acerca de las exposiciones que se hicieron en el referido evento, que me parecen pertinentes y pueden ambientar de mejor manera el texto que presento.

Primero, como declaración de principio debo decir que me encuentro absolutamente de acuerdo con el profesor Parra Quijano y la escuela a la que pertenece, en relación con los fundamentos del proceso. Así, la solidaridad, la igualdad y la averiguación de la verdad (para mí, siguiendo al gran maestro Devis Echandía, es más acertado decir: la convicción del juez), son sus principios fundamentales, entre otros. Sin embargo, con lo que jamás podría estar de acuerdo es con la proposición del mismo profesor que considera, creo entenderle, que estos principios excluyen un fin primordial y universal del proceso y de la administración de justicia: la resolución de conflictos. El respetado maestro afirmó que: “la administración de justicia no es para dirimir conflictos, sino para darle la razón a quien la tiene” y con ello, sin más, no puedo estar de acuerdo.

Así, no creo que sean incompatibles los principios mencionados con el fin que definiendo para la administración de justicia. No estimo que acoger conceptualmente el fin de terminar los conflictos signifique acoger también el principio de oportunidad o el sistema adversarial. En fin, negar este propósito que tiene el derecho es negar sus mismas raíces y la principal función sociológica y adaptativa que

cumple el proceso para la raza humana. Es decir, más que pensar en un sistema adversarial en el cual quepa el principio de oportunidad, el fin de resolución de conflictos es la justa medida de los poderes del Estado. De esta manera, el Estado debe intervenir allí donde se presente un conflicto y donde esté amenazada la paz social; esa es su medida y su fin.

En otras palabras, la justificación del Estado no puede ser únicamente “darle la razón a quien la tiene”. Ello sería como convertir al Estado en el Quijote que andaba por las praderas *desfaciendo entuertos* sin ser llamado, juzgando allí donde no le compete, imponiendo su razón (como afirma el profesor Parra) en todos los recodos del camino y del alma humana, lo cual significa un intervencionismo injustificado. El principio –como todo proceso moderno lo exige– es el proceso inquisitivo. De ello no albergo duda desde que leí al maestro Devis Echandía, pero ello no puede ser el fundamento para justificar toda intervención sin control por parte del Estado, y un aserto como el del profesor Parra podría conducir a ello.

Segundo, el maestro Parra resalta en su discurso la función pedagógica que debe cumplir un código de procedimiento. Sin embargo, el cumplimiento de esta meta ha resultado deficiente, tanto en el actual Código de Procedimiento Civil como en los demás códigos (excepto los penales), incluido el proyecto que hoy se presenta.

Esta es una gran deficiencia que solo los códigos de procedimiento penal se han avocado a corregir (de alguna manera). La declaración de principios (parafraseando al profesor Villamil Portilla) es un momento espiritual y político y una guía interpretativa, función que –lamentablemente– este proyecto no cumple al creer –supongo– en una falsa brevedad. En fin, considero que el momento de ser breves (aunque tampoco creo que hay que ser demasiado extensos) sería propicio en otra circunstancia y no en este momento espiritual. Claro, todo ello lo expongo con mayor profundidad en el texto que hoy presento.

Tercero, otra importante reflexión que surge del evento referido alude a lo que hermosamente resumió el profesor Parra Quijano en su intervención: “Al juez le encargamos la resolución de nuestros conflictos principalmente porque creemos que es un ser razonable. Así, el juez también tiene que entender que su razonabilidad le debe indicar que un proceso es eminentemente temporal; los procesos eternos no solucionan conflictos y atentan contra la paz social. De esta manera, como ser razonable debe entender que el proceso también tiene que tener una duración razonable”. Es decir, acertadamente este proyecto conserva

el logro alcanzado por la Ley 1395 de 2010, que estableció plazos perentorios para los procesos.

Cuarto, en relación con la oralidad me temo que la doctrina de este país nunca dejará de ignorar el gran espíritu práctico del formidable profesor López Blanco. Así, el jurista Sanabria Santos inició su exposición anunciando que no acepta ninguna diferencia entre los principios y las reglas técnicas, lo que en mi opinión es claramente desacertado. Como muy bien lo expone el profesor López en su monumental obra, la diferencia tiene sentido, mucho sentido; pero principalmente un sentido práctico. De esta manera, si se entiende que los principios son esos asertos que no pueden ser modificados, que son absolutos (pues nadie se atrevería a justificar la deslealtad en ningún ámbito del proceso) y si se entiende que las reglas técnicas son modelos que pretenden o deben ser aplicados según las realidades, pero que pueden ser combinados pues no son principios, se puede entender asimismo que la obtusa actitud acerca de la oralidad, considerándola como un principio y acogéndola irrestrictamente, no es más que un error en ese proyecto de código.

De esta manera, la diferencia entre estos conceptos es clave ya que nos permite entender que la oralidad no es un principio y se la puede combinar con su némesis: la escritura (claro, regla técnica esta última que debe estar muy restringida si se acoge la oralidad como criterio principal), sin que se alteren su existencia ni su esencia. Por ejemplo (y solo como un ejemplo), otra regla técnica como es la segunda instancia resulta en gran medida incompatible con la oralidad. No es factible que en segunda instancia se revisen integralmente las grabaciones, visuales u orales, ni que los jueces de primera instancia hagan un reproceso, y transcriban lo que ya actuaron.

La actitud que denuncio lleva a ignorar esta realidad. Resulta lamentable que tercamente aún se sigan ignorando las sabias palabras del maestro López Blanco (palabras prácticas para necesidades prácticas) y se siga insistiendo en tomar la oralidad como un principio. Así, aunque el profesor Parra recuerde a Chiovenda cuando se refiere a su afirmación acerca de la necesaria ayuda que debe prestar la escritura a la oralidad, creo que, lamentablemente, lo hace refiriéndose a otros medios técnicos.

Es decir, cómo negar que la escritura bien entendida y desarrollada es también un método eficaz –a veces mucho más eficaz– para transmitir un mensaje. Permite, precisamente, capacidad de síntesis si se planea bien un texto, lo que jamás ocurre con la oralidad debido a su espontaneidad. Es decir, por qué negar nuestra historia y negar que la escritura nos ha hecho más humanos

en un proceso de hominización donde decididamente ha influido.¹ Todo esto lo afirmo sin que por ello se entienda que estoy en contra de la oralidad; esa no es ni ha sido nunca mi intención. La oralidad, igual que la escritura, tiene enormes ventajas y es la decisión política la que debe escoger entre una u otra. Lo que asevero –repito– es que es un error tomar la oralidad (o a la escritura) como un principio, pues ello conduce a que se las trate de manera desacertada e intransigente. El vínculo de un código con cualquiera de ellas sería indisoluble y no permitiría su tratamiento adecuado o proporcionado. Al tomarlas como principios se hace con carácter absoluto, cuando es bien sabido que muy pocas cosas en la vida (y más en el derecho) tienen ese carácter.

En conclusión, el establecimiento de la oralidad como principio obedece al temor irracional que el mal uso de la escritura ha causado en nuestra doctrina local. No obstante, aunque la escritura debe ser acogida de manera restringida, ese temor no puede llevarnos a ignorarla totalmente y dejar de lado los beneficios que podría traer.²

Quinto, basado en lo anterior, afirmo de manera contundente que el código en proyecto (hoy Código General del Proceso con algunas pocas modificaciones) debe tener en cuenta no solo la escogencia de sus reglas técnicas y principios, sino también las problemáticas que se pueden presentar entre ellos. Como ya lo referí (válganos como ejemplo ahora también), entre la segunda instancia y la oralidad –ambas reglas técnicas– se interponen variadas problemáticas que hacen que se estorben mutuamente. Así, el problema no es solo cuestión de escoger de manera ciega y simple entre la escritura o la oralidad. Al hacer esa escogencia se deben tener en cuenta las posibles relaciones problemáticas entre algunas reglas técnicas o principios, de lo contrario la escogencia está condenada al fracaso. Esto, como todo lo anterior, es tratado en este trabajo.

Sexto, por su enorme acierto quisiera resaltar la reflexión del profesor Edgardo Villamil Portilla acerca de que la ineficacia en la administración de justicia puede, sin más, inducir a la insubordinación. Desde Hobbes, Locke, Rousseau

1. Rumiar nuestras propias producciones contenidas en el lenguaje y en lo escrito, es lo que nos ha hecho demasiado humanos. Para consultar el significado del término rumiar ver Nietzsche, Federico. *Así hablaba Zaratustra*. Medellín. Ed. Bedout. 1984. Y <http://www.law-sintimacies.blogspot.com/2011/03/rumiar-el-significado-de-este-termino.html>. Ver también Nietzsche, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Madrid. EDAF Ediciones. 1985. Trad. de Carlos Vergara.
2. En este sentido es pertinente recordar –junto con López Blanco– cómo el mundo que se había estancado en la oralidad, en el nuevo milenio está tornando a la escritura.

y Montesquieu tenemos por sabido que la soberanía reside en el pueblo. Es él y no el Estado el de las verdaderas potestades y mediante su voluntad soberana le asigna algunas funciones, como la de administrar justicia. Sin embargo, olvidan nuestros funcionarios que esta delegación, esta entrega, significa también responsabilidad, nexo, obligación. Así, podríamos decir que la entrega de facultades al Estado y la obediencia de los particulares, al igual que en las obligaciones civiles están mutuamente condicionadas. Si el Estado no cumple con su deber de llevar felicidad al pueblo a través de los poderes que se le otorgan, los individuos no llegarían a comprender el porqué de sus renunciaciones a favor del Estado y su insubordinación es casi una obligación. De esta manera, como dije (simplemente lo quería remarcar), esta intervención es un enorme acierto y es una alarma que el Estado tiene permanentemente encendida debido a su inoperancia a la hora de administrar justicia.

Por último, en cuanto a mis comentarios respecto del citado evento, quisiera referirme a otro acierto que allí se produjo, sin duda muy importante. Como bien lo remarcaban los expositores, el proyecto de código que se presenta conserva muchos de los aspectos positivos del anterior, como lo es su redacción que permitirá una claridad en su lectura. Ello por sí mismo constituye un acierto, primero, porque rinde honor a un código excelentemente elaborado y a sus autores, entre los cuales celebro siempre al gran maestro Devis Echandía; y segundo y más importante para fines prácticos, porque es una muestra de humildad e inteligencia, pues muchos de los conceptos vigentes son mucho más que pertinentes, elaborados por juristas excelentes, por lo cual una reformulación solamente representaría una carga de trabajo innecesaria, una muestra de erudición sin sentido y un peligro por la tergiversación que podría sufrir el lenguaje procesal.

Sin embargo (y que quede claro que con ello no estoy contradiciendo lo anteriormente dicho, pues en lo que no haya que cambiar es mejor conservar la espléndida redacción del anterior código), como el profesor López Blanco afirma este proyecto podría resultar “más de lo mismo”, pues aunque la inclusión de cambios, como el referido al proceso monitorio, puede parecer vanguardista, este proyecto sigue aferrado al tradicional pensamiento impráctico, al respecto de lo cual muy poco es el cambio.

Todo ello, entonces, me da pie para introducir definitivamente mi texto. Un aspecto de fundamental importancia para la justicia es, precisamente, su administración.

Según el profesor Villamil Portilla, la efectividad en la labor de administrar justicia resulta vital para la legitimación del Estado; sin embargo, con respecto

a su eficacia es muy poco lo que se cambia. Como siempre, se cree que las reformas legales son la solución a esta problemática y a toda problemática, pero nunca se reflexiona acerca de su esencia. A mi entender, en este proyecto se intentan reformas concretas que la práctica ha mostrado como deficientes, valga como ejemplo lo relacionado con el peritazgo (que incluso había sido un adelanto de la Ley 1395 de 2010), pero no se intenta una reforma estructural que incluya la efectividad como principio y no se intenta su desarrollo prácticamente durante todo el código. Es increíble para la época en que vivimos en la cual hay estudios bastante serios y elaborados acerca del funcionamiento de las organizaciones, que no se incluya una ciencia como la *administración* a la hora de elaborar un código, ni los principios *administrativos* en el momento de cavilar acerca del funcionamiento de una organización como claramente lo es la administración de justicia.

Por ello, además de muchos otros comentarios, lo que este texto básicamente expone es la necesidad de incluir la administración dentro del desarrollo y el contenido de un código de procedimiento judicial y establecerla como principio, pues nadie querría una justicia ineficaz. La administración debe ser consultada a cada paso durante la redacción de cada artículo y en la estructura general de cualquier código. Es un criterio práctico por excelencia, que busca la efectividad de una organización a la hora de desempeñarse en sus actividades, que tiene profundos desarrollos y que consulta realidades. En fin, me temo (como una mala noticia para los juristas clásicos) que la realidad de un código de procedimiento dejó de ser exclusivamente jurídica hace bastante tiempo. La administración de justicia es una organización que presta un servicio y si no se la toma como tal, pues esa es su naturaleza última, se está ignorando su esencia.

Por todo lo anterior, el principal aporte de este libro es postular la administración como un principio fundamental sin el cual la justicia siempre estará atrasada a su tiempo y a los desarrollos técnicos que la humanidad nos ha traído.

Este texto, antes que un articulado concreto, es una propuesta metodológica de aplicación práctica, aplicación que se ofrece como la más lógica del lenguaje estudiado: el derecho procesal. Este trabajo estuvo orientado por los claros conceptos que acerca de los principios y las reglas técnicas expone el profesor Hernán Fabio López Blanco, quien además de ser un ilustre mentor del derecho procesal y general, es un maestro del desparpajo. Ello, definitivamente, influyó su visión del derecho, enfoque que quise hacer mío pues como ninguno el profesor López Blanco nos enseñó el valor del sentido práctico.

Con esa inmejorable fuente pretendo hacer algunas sugerencias para la elaboración y estructura general de un código de procedimiento judicial, obra que por el influjo que pretendo emular se basará en un concepto práctico que, considero, nuestros códigos de procedimiento han ignorado hasta ahora: la administración. Quiero, entonces, rescatar aquello que conocemos como administración de justicia en sus múltiples acepciones.

Procuro que el concepto de administración no solo signifique una institución como lo es la rama judicial; como tampoco suministro o acceso, sino también actividad, gestión, organización, planeación; en fin, practicidad. Pretendo incluir aquella técnica práctica que garantiza la funcionalidad de una organización y su eficiencia, a saber, la administración, como uno de los principios del derecho procesal. Este principio debe afectar, como ningún otro, la confección y la estructura general de un código de procedimiento judicial.

Se persigue, igualmente, subrayar dos facetas del derecho procesal:

Primero, que el derecho procesal no obedece a meros caprichos del legislador o de los doctrinantes. En su seno se encuentran desarrollos que buscan fortalecer las libertades individuales y la dignidad del ser humano, valores esenciales para las múltiples concepciones modernas que algunos engloban bajo el concepto de debido proceso. Segundo, destacar que el derecho procesal como ningún otro, es eminentemente práctico, lo cual se evidencia en la más reciente reforma que se hizo al Código de Procedimiento Civil en la que se eliminaron dos de los tres principales procesos: el ordinario y el abreviado. No obstante, el mundo y la teoría procesal siguen en pie. Cabe destacar que esa capacidad de cambio no se encuentra en ninguna otra rama del derecho.

Tal como lo afirma el profesor López Blanco, este segundo aspecto nos muestra al derecho procesal como una rama que consulta diariamente la realidad precisamente para regular realidades, lo que patentiza, sin duda, su calidad práctica.

En conclusión, esta es una propuesta metodológica abierta (pues no queremos ser inferiores al mismo derecho procesal y a su capacidad de cambio y adaptación nunca suficientemente aprovechada) que busca postular un principio que creemos ha sido tristemente ignorado y no cesa de irrumpir obcecadamente en nuestro territorio para exigir el espacio que se merece: el principio de administración.



Título I

**Administración,
gerencia de la justicia**

CAPÍTULO I

La importancia de la eficacia en la administración de justicia. Conceptos implicados

La justicia

Algo que se sabe pero que se olvida a menudo es empezar por el principio, aunque para este caso, solo sea una enunciación. De esta manera, es conveniente preguntar: ¿qué es la justicia? Al respecto solamente me detendré de manera breve, ya que este no es el objetivo principal y también porque de tiempo atrás he sostenido una posición muy crítica del tema que dificultó mi travesía por el pregrado (agudizada por mi falta de fe), expuesta en extenso en mi tesis de grado (ver Domínguez, 2009).

En esa oportunidad sostuve que la justicia no pasa de ser un capricho humano, un prejuicio vulgar (para usar el concepto de Nietzsche), antropológica o biológicamente útil, que articula la forma de existir del hombre (la asociación o la agrupación humana). En estos términos, la justicia es un artefacto o, más profundamente, una adaptación que articula los colectivos para la lucha por la sobrevivencia dentro de un ambiente predominantemente humano.

A pesar de esta crítica, la justicia se concreta en lo que el derecho vigente dice que “es”.³ –minuciosamente, como ningún otro sistema axiológico, e inde-

3. Para Luhmann, el derecho simplifica a la sociedad haciéndola comprensible para quienes actúan en ella, debido a que de las múltiples expectativas que se crean entre individuos producto de su interactuar, el derecho selecciona algunas de ellas imponiéndolas sobre el resto,

pendiente de las fuentes que escojamos— Así, hoy se puede establecer en una medida aceptable lo que es la justicia con base en el derecho vigente y dentro de sus diversas fuentes, eso si llegamos a superar los problemas que la interpretación del lenguaje trae consigo (Derrida, 1993; Gadamer, 2002; Heidegger, 1998; Ricoeur, 1999). La justicia, en un alejamiento de cualquier posición crítica y para los fines de esta exposición, está definida de manera más o menos minuciosa. Ontológicamente hablando la justicia “es”, pues así ha sido definida predominantemente en el lenguaje jurídico.

De esta manera, este texto definirá la justicia como un concepto caprichoso dictado por las simplificaciones de sentido que hace el derecho positivo, y luego emprenderá el estudio de un aspecto de la justicia que a pesar de que muchos lo creen accesorio, es fundamental para su mismo concepto y para la juridicidad de su noción: su administración.

Administración de justicia

Como si no fueran suficientes los problemas teóricos esbozados, quienes se ocupan de la justicia —los “sustancialistas”, embotados de prejuicios, autosatisfacción y autorreferencia— olvidan rápidamente que aquel concepto esquivo debe ser administrado. La sociedad, el Estado y los abogados,⁴ debemos *administrar* justicia. Como sabiamente subraya el mentor involuntario de este trabajo, Hernán Fabio López Blanco, el abogado que conoce el derecho sustancial pero no el derecho procesal es un eunuco de la profesión. Por tanto, un sistema perfecto en el primero pero deficiente en el segundo y más aún, en la administración de justicia, es un sistema castrado que no produce, no preña, es infértil para los fines últimos de un sistema axiológico desde el punto de vista antropológico; es decir, como herramienta asociativa o de agrupación. O para decirlo en términos más jurídicos: infértil para dar a luz la paz social, objetivo último de lo que hablamos.

simplificando el lenguaje social a través de esta estandarización y selección, petrificando la escogencia hecha e imponiéndola. El derecho positivo selecciona dentro del lenguaje social, caprichosamente, el derecho aplicable y vigente. Por su parte, Teubner va más allá y afirma que el derecho es un sujeto epistémico que construye su significado intrasistémicamente, por lo que no consulta —interpretamos— en ningún sentido a la realidad, sino que debido a las interacciones lógicas del lenguaje producidas por el paso del tiempo y el actuar de los intérpretes, construye un significado propio que no se basa en averiguaciones empíricas o científicas, sino en las posibilidades del mismo lenguaje; en este sentido, muy similar a las proposiciones de Habermas. (Ver Habermas 1999; Luhmann, 1987; Teubner, 1989).

4. Estimo muy acertada la práctica de algunos países de considerar a los abogados parte de la administración de justicia.

Al respecto de la administración de justicia, es importante analizar dos conceptos fundamentales.

- El principio de audiencia –que contiene además el del debido proceso con todas sus garantías– y que en últimas protege las posibilidades de argumentar de forma real y efectiva nuestra defensa y que en resumen podemos enunciar como el derecho a ser oídos y vencidos en juicio.
- La efectividad, que es como la espada hobbesiana, que debería regir todos los pensamientos acerca del derecho procesal al decir que “los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno” (Sabine, 1998. p. 362).

Es decir, un principio fundamental, bastión y faro, guía del proceso en casi todas las latitudes, es el debido proceso o principio de audiencia, como lo hemos llamado en este trabajo. Sin embargo, al lado de él y sin que sistema jurídico alguno lo pueda olvidar debe estar la efectividad, por cuanto sin ella, es decir, sin la aplicación práctica del derecho, muchos conceptos se verán amenazados.

Sin la espada (efectividad), los derechos no son más que palabras sin fuerza para proteger al hombre. Un sistema sin una espada –al decir de López Blanco– casi como un símbolo fálico, es un sistema castrado. Sin embargo, continuemos estudiando cómo la falta de efectividad afecta todo este andamiaje y en especial los mismos conceptos jurídicos.

Norma jurídica

Replantando de otra manera lo que quiero exponer, me uno a lo que Hinestrosa (2002)⁵ enseña en relación con el concepto de norma jurídica. La norma jurídica está compuesta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. Si no hay una consecuencia jurídica para una norma, esta deja de ser jurídica. Por ello, cuando en la práctica una norma no encuentra consecuencia, bien porque no se le previó una o bien porque no existe un aparato (una espada) que la respalde, su juridicidad queda en entredicho.⁶

5. Sobre el concepto de norma jurídica, ver también Atienza, 2000; Atienza, 1996; Ballesteros, 1994; Caracciolo, 2009. Guastini, 1999; Kaufmann, 1977; Larenz, 1994, 1958; Mendonça, 2000; Peces-Barba, 2000; Ross, 1971; Von Wright, 1970.

6. Claro, sin olvidar que nadie puede ser condenado (no se puede hacer uso de la espada) sin haberlo oído y vencido en juicio. Es decir, los conceptos de audiencia y fuerza (la espada) son inescindibles, modernamente hablando.

En los dos puntos anteriores hay una coincidencia: el supuesto de hecho. El mismo derecho necesita ineludiblemente de la efectividad (espada), de la existencia real de la consecuencia jurídica para que todo esto conserve su carácter jurídico. Así, sin la espada, es decir, sin la aplicación efectiva de la consecuencia jurídica, la misma norma emitida por el legislador corre el peligro de dejar de ser en la práctica y sin más, jurídica.

Legitimidad del Estado

Desde otro punto de vista, circundemos más esta necesidad que compartimos con otros; es decir, la necesidad de todos los pueblos de hacer efectiva su justicia. Como sabemos por conceptos que heredamos de Locke, Montesquieu y Rousseau, la soberanía reside en el pueblo y este le encarga al Estado algunas funciones de las que es titular por ser soberano, funciones tradicionalmente divididas en tres entre las cuales destaca la justicia y su administración. Así, el pueblo soberano por cuestiones prácticas, de logística y por no poder convocar su asamblea para cada caso judicial, encarga a una rama del poder establecida de manera perenne⁷ el ejercicio de su soberanía y le pide que dirima con fuerza de autoridad –su autoridad, la del pueblo– los litigios surgidos entre los asociados. Se da, por tanto, un encargo o mandato por parte del pueblo soberano al Estado: administrar justicia. Los individuos renuncian a sus libertades y a sus potestades para encargárselas al Estado (Hobbes).

Su asamblea, que constituye su agrupación, encarga una potestad originalmente suya al aparato estatal de justicia. Sin embargo, aunque muchos funcionarios lo olviden, esta situación crea una relación, un vínculo y una obligación.

Es perfectamente entendible, entonces, que los individuos responsabilicen al Estado de su desdicha⁸ en razón a que incumple un mandato. La existencia del Estado y su legitimidad están directamente vinculadas al cumplimiento o la efectividad en las labores encomendadas con la administración de justicia. De otra manera, al individuo le resultarían incomprensibles las potestades y los poderes que el Estado ejerce sobre él.

7. En este punto traigo a colación las tesis de Max Weber para quien no eran consideradas civilizadas las sociedades que no poseían estructuras organizadas y burocráticas de justicia. (Ver Fusito, 1999).
8. Bien recordaba el profesor Edgardo Villamil Portilla durante el lanzamiento del proyecto de código general del proceso organizado por el Ministerio del Interior y de Justicia, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y otros, que la falta de efectividad de la justicia legítima la insubordinación.

Si el Estado carece del poder de hacer valer mis derechos pone en entredicho su legitimidad, la cual está directamente ligada a su capacidad de cumplir la misión que el pueblo le encargó en el acto constituyente. Si esa capacidad es débil o nula, puede llevar (y de hecho ese es el argumento) al incumplimiento mutuo de obligaciones. No otras han sido las razones de muchas revoluciones en contra de los Estados, que se justifican por el incumplimiento al pacto fundante por parte del Estado de proteger los derechos básicos del individuo.

Relación obligatoria y Estado de derecho

Otro concepto que ilustra las múltiples formas como la falta de efectividad de la justicia puede afectar muchos conceptos que nos definen, es la estructura de la relación obligatoria. La obligación jurídica está compuesta del débito y la responsabilidad. No se puede decir “me comprometo, pero no respondo”; una expresión así carece de contenido jurídico. El débito, ese vínculo psicológico que nos ata a nuestra palabra, se llena de contenido jurídico al estar ligado a su vez a la responsabilidad, al cumplimiento forzado por parte del Estado. De esta manera, “existir” en un Estado de derecho es estar sometidos al imperio de la ley u ordenamiento jurídico (para actualizar el concepto). Sin este sometimiento, ambos conceptos (débito y responsabilidad) verán cuestionados sus fundamentos teóricos desde el punto de vista jurídico.

Un débito que no se vincule a la responsabilidad a través del poder del Estado, pone en duda el concepto mismo de obligación (jurídica). Un Estado donde el derecho no predomina a causa de su incapacidad reguladora y su inexistente poder coactivo, empieza a ver comprometido su carácter de Estado de derecho.⁹ De manera más precisa, el Estado de derecho no solamente constituye un avance al someter a los gobernantes a una prescripción impersonal, abstracta y de contenido general, que no hace distinción entre los sometidos a su yugo, sino que es también un avance en cuanto garantía de sometimiento efectivo al ordenamiento jurídico de todos los actores sociales y la posibilidad de que una norma reconozca mi derecho de exigirlo coactivamente. Por ello, un Estado de derecho no satisface su concepto con la mera enunciación de normas o el establecimiento de un aparato productor de normas. Para ser un Estado de derecho, es decir, para que sus normas sean jurídicas y no morales, debe tener el poder de

9. Al respecto se debe tener en cuenta la separación entre la moral y el derecho expuesta por Kelsen o la diferencia entre obligación jurídica y obligación natural (Ver Kelsen, 1989; Kelsen, 1986).

acercarlas a las leyes naturales (en últimas, la pretensión del derecho);¹⁰ es decir, de hacer de la relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica una relación de carácter causal.

Corremos el riesgo de dejar de existir en un Estado de derecho si el derecho no tiene la operancia práctica característica de un Estado de este tipo (su efectividad aún en contra de la voluntad de los ciudadanos). En una situación tal se pasaría de un Estado de derecho a uno moral, voluntario, aunque más libre si nos basamos en el trato fundante que describe Hobbes. Por ello, resulta increíble que aún existan personas que crean en los contratos para vincularse jurídicamente. Por lo dicho, quienes son más afectos a los hechos exigen como respaldo de todo lo que hacen con carácter jurídico, un título valor u otro documento que preste mérito ejecutivo. Conscientes de la realidad, saben que una obligación que no tenga las características que hacen que un documento preste mérito ejecutivo simplemente no es obligación, pues a través del Estado, por la fuerza, no podrá solucionarse.

Es decir, las obligaciones establecidas en un contrato que por requerir de una declaración no son títulos ejecutivos, en la práctica han devenido en obligaciones morales, en vínculos psicológicos y jamás en obligaciones jurídicas, porque cuando una obligación carece de fuerza vinculante deja de ser jurídica. Las pretensiones declarativas, entonces, son meras expectativas. Cuántas veces oímos expresiones como “que al menos quede para mis hijos algo”, porque nadie cree que en vida pueda llegar a ver una sentencia; cuántas veces le podrá decir un abogado a un cliente que es mejor no demandar (los que lo hacen es porque son honestos), pues más caro puede salir el proceso por su demora que las resultas de él; cuántas veces presenciamos estas fatalistas y desesperanzadas expresiones sin que el Estado se vea cuestionado por su incompetencia a la hora de garantizar estos derechos.

Una situación así es crítica. En un Estado donde no se administre justicia real o efectivamente, están en duda aspectos fundamentales de nuestra existencia como humanos: los conceptos jurídicos antes mencionados, el mismo Estado, nuestra existencia, la existencia grupal, nuestro hábitat.

La administración de justicia en una de sus acepciones (suministro, acceso, el derecho a ser oído), tiene como rasgo distintivo el ser efectiva y pronta, de lo

10. Pretensión engañosa que hace sentir a las normas de derecho similares a las leyes de la naturaleza, por tanto una pretensión no democrática e inaplicable, como expone Popper (1967) y no obstante, existente en el derecho al final de cuentas.

contrario no sería en realidad justicia.¹¹ Así, por ejemplo, si miramos el problema de la verdad frente a la paz social vemos que la verdad en muchas ocasiones no se encuentra a través de un proceso judicial, pero la justicia y la sociedad no tiene la paciencia de la ciencia que puede decir “no sé”. La justicia y la sociedad por necesidades vitales, grupales y de armonía, no pueden darse las libertades que el método científico se da, entre ellas la paciencia. Ellas necesitan la resolución pronta de los conflictos (litigios) y la única forma como la administración de justicia es útil a la sociedad, es una administración pronta y efectiva de ella; de lo contrario, el proceso se vuelve un fetiche jurídico sin utilidad para la sociedad, un lastre que obstaculiza la solución de los conflictos y genera malestar para los involucrados, quienes buscarán otra solución.

Por todo lo expuesto planteamos que la administración de justicia es fundamental para nuestro mundo-noción-realidad y por ello creemos ineludible la pregunta: ¿cuál es, entonces, la mejor forma de administrar justicia?

11. Justicia tardía no es justicia.

CAPÍTULO II

Un código de procedimiento judicial. Consideraciones preliminares

Código único

Este es un asunto que parece haber agotado toda discusión. Lamentablemente, los especialistas en derecho sustancial, que tienen códigos de procedimiento propios, no tienen la más leve intención de ceder un terreno que, como Sancho, siempre soñaron tener y ahora que son gobernadores no lo van a abandonar. Por otro lado, como consecuencia de esta actitud los que propugnan un código único se dieron por vencidos y decidieron abogar por un código de procedimiento civil actualizado a las realidades presentes.¹²

En múltiples foros de derecho procesal se advierte esta situación. Por un lado, se ven juristas de diversas disciplinas que explican la necesidad de códigos procesales especiales para sus causas; y por el otro, se ven aquellos que solo atinan a lanzar sonrisas socarronas y expresiones de desesperanza en señal de resignación. A pesar de ello, se hace necesario analizar la propuesta de un código procesal único que comprometa a la misma administración de justicia.

Acorde con lo anterior, podríamos hablar en términos del principio de legalidad, según la sentencia C-200 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia:

12. Algo que se ha dado en llamar Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) que en realidad no es más general que el anterior Código de Procedimiento Civil, razón por la cual el profesor López Blanco lo califica como “más de lo mismo”.

*... De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.*¹³

No obstante, respecto del principio de legalidad quisiera dar un enfoque distinto al tradicional. No existe legalidad cabalmente hablando, ni debido proceso o sometimiento a la ley, si no hay claridad en las expresiones legales del Estado. La misma democracia se ve en juego ante la multiplicidad de regulaciones sobre un mismo asunto.

Como ya se ha esbozado, una de las consecuencias de la inteligencia y la convivencia en grupos fue la aparición del lenguaje que fortaleció la comunidad humana y la hizo más eficiente. Sin embargo, ello generó que el individuo viviera en nociones de realidad, creadas, petrificadas y aseguradas en el lenguaje. En el rito de repetir la palabra de Dios o el Corán, el humano asegura sus mundos, de allí su apego a lo escrito. Así, nuestros mundos humanos son lenguaje; por consiguiente, cuando ciframos un lenguaje estamos limitando el acceso de los individuos al mundo y los condenamos a la muerte civil. Lo mismo sucede cuando nuestro lenguaje definidor de lo que somos no es claro y en consecuencia, sentenciamos a los que no lo entienden.¹⁴

Puede, igualmente, mirarse lo anotado desde otro ángulo. Para ser oído (y vencido en juicio) el sujeto debe ser capaz de hablar, de expresarse y esa capacidad se logra teniendo conocimiento del lenguaje. Por ello, si se lo esconde en una maraña de leyes inconexas, contradictorias que paradójicamente están referidas a lo mismo, en la práctica y para concatenar lo dicho con la administración de justicia, se lo está juzgando sin ser oído y vencido. Así, hay un sinfín de justificaciones para tener muchas leyes vigentes. Ferrari (2012) afirma que en Italia hay alrededor de 200.000 leyes vigentes, de suerte que cada contrato, por ejemplo, pudiese merecer un estatuto propio. Ello contribuye a la claridad de las leyes, pues al compilar en un estatuto único lo referente a la compraventa, por ejemplo, y si se regula todo lo pertinente al asunto, con derogatorias y reformas expresas como lo hace la Convención de Viena de compraventa, el asociado

13. Sentencia, Corte Constitucional, C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

14. A este respecto, cito a Niklas Luhmann, para quien el derecho positivo tiene la fundamental labor de simplificar el lenguaje social, escogiendo y estandarizando las normas que todos los miembros de la sociedad seguirán. Esto es indispensable en todo grupo humano, ya que permite el actuar social (Ver Luhmann, 1987).

tendría un referente al cual acudir para saber cómo se inserta en el mundo su realidad (realidad contractual, para este caso concreto).

Esto también es aplicable a la administración de justicia si la tomamos como una única materia.¹⁵ La dispersión de temas fruto de una regulación “sobre lo mismo” sin que se justifique la diferencia y sin el rigor repetitivo de las religiones,¹⁶ causa confusión y hace que el acceso a la justicia y su administración se vean dificultados. De esta manera pocos acceden al lenguaje. Por ejemplo, un abogado no laboralista litigaría con temor en este campo porque no conoce el lenguaje que encierra el Código de Procedimiento Laboral; lo mismo le sucedería a un jurista que demandara al Estado sin conocer el misterio que encierra el lenguaje del Código Contencioso Administrativo.¹⁷ No hay suficientes abogados, juristas, doctrinantes u operadores del derecho que conozcan los diversos lenguajes y se internen en la maraña, a pesar de que la materia procesal es única.

Sin embargo, continuemos el análisis de la problemática planteada desde otro punto de vista. De vuelta a los problemas del lenguaje, a sus asuntos intrínsecos (que aunque hubiera suficiente claridad legislativa —es decir, un código único— seguirían existiendo), podríamos pensar que la solución estriba en tener suficientes intérpretes del lenguaje o abogados. Pero, ¿se puede asegurar que comprenderán este desastre?¹⁸

La respuesta no puede ser otra que negativa. La problemática del lenguaje jurídico es inmensa, por tanto no es serio para un Estado que quiera prestar o suministrar eficientemente justicia, depositar su fe únicamente en las capacidades interpretativas y en la preparación de los técnicos en el arte del derecho. Los conflictos del lenguaje rebasan con mucho el número de abogados. Derrida (1993), quien llevó a la práctica el término deconstrucción usado por Heidegger, evidencia la incertidumbre que subyace la interpretación o simple lectura de los textos. Así, ante la herencia de Hegel y Aristóteles según la cual todo se inscribe

15. Pues la administración de justicia es una única materia; la intervención de terceros en el proceso es una única materia; la demanda, su contestación y sus vicisitudes son una única materia; la protección al debido proceso, principalmente, es una única materia.

16. Ello no significa que de lo que hablamos sea una religión, pero sin duda envidiamos la claridad de la repetición ritual de las religiones.

17. Separación tercamente reiterada por la Ley 1437 de 2011 que estatuye el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

18. Para nadie es un secreto que el acceso a abogados capaces es privilegio de muy pocos, el acceso a universidades eficientes en su labor de enseñar el derecho es muy bajo e incluso, el acceso a cualquier universidad es también un privilegio.

dentro de la lógica, la deconstrucción se rebela ante el abuso de la racionalidad hegeliana proponiendo precisamente lo contrario: ningún texto puede llegar a tener el menor sentido; lo cual, en términos postmodernos, es bastante plausible.

En mérito de ello, ¿acaso se puede sostener, entonces, que “para eso están los abogados”, los intérpretes, los técnicos, los peritos en el arte? Alrededor de la interpretación de la ley o de cualquier lenguaje, lo único que hay es confusión. Incluso, si existieran mil juristas como Cicerón no serían suficientes para enfrentar las complejidades que la interpretación de los lenguajes impone, aún para una pequeña cantidad de casos. Es más: ante la claridad de un texto sin ambigüedades, este se puede leer de diversas formas, como lo sostiene la deconstrucción.¹⁹

No hay, pues, suficientes abogados que se internen en la maraña y si los hubiera, las complejidades del lenguaje jurídico harían imposible acceder a la justicia de manera eficiente y real. Por ello, la discusión acerca del derecho procesal debe ser mínima y el lenguaje claro. La complejidad, la oscuridad y el misterio son licencias solo para literatos y cuando se presentan vacíos (pues el derecho hace mucho tiempo demostró su incapacidad de regular todos los aspectos de la realidad) se mengua el derecho de defensa, por ello deben ser mínimos. Sin embargo, la dispersión de códigos que tratan “acerca de lo mismo” es algo que no colabora con esta causa.

La claridad en el lenguaje es un elemento esencial. Miremos este punto desde otra perspectiva: la democracia. Un Estado democrático no lo es en verdad si esconde su normatividad tras un velo de misterio. El sometimiento a la ley de los funcionarios públicos y los particulares se hace imposible en un sistema donde la pluralidad de lenguajes regula situaciones análogas. Solo en la medida en que el ciudadano conozca en un nivel razonable la normatividad, los poderes y límites a los que está sometido su vecino y el funcionario público, podrá controlar su actividad. De eso se trató la Revolución Francesa. Entonces, ¿cómo puede darse un efectivo sometimiento a la ley si ese límite no es claro ni siquiera para los operadores jurídicos?

19. Cuántas veces en el derecho se observan diferentes posiciones sobre el mismo asunto sostenidas por autores reputados, con argumentos profundos, coherentes y lógicos dentro del lenguaje del derecho pertinente. Baste como ejemplo la pretensión de resolución de compraventa por el pacto del artículo 1937 del Código Civil en relación con el cobro de perjuicios por mora. Al respecto están las opiniones de Ramiro Bejarano, Alejandro Bonivento, Hernán Fabio López, Jairo Parra Quijano, Fernando Silva y la Corte Suprema de Justicia, repartidas, sin que sea del todo claro, en dos bandos.

La falta de claridad en el lenguaje jurídico hace trizas carísimos principios democráticos. Rompe la igualdad ante la ley, pues al haber diversidad de regulaciones sobre un mismo asunto se hacen distinciones injustificadas al tratamiento de situaciones análogas. Por otro lado, la falta de claridad dificulta el sometimiento efectivo e igualitario de todos al ordenamiento jurídico, ya que su interpretación se dificulta y termina por aplicarse de manera dispar a situaciones iguales. Quebranta el derecho de defensa, puesto que el acceso al lenguaje se hace, si no imposible, sí muy difícil y de todas maneras se convierte en una suerte de juego de lotería donde se cruzan los dedos en espera de que el magistrado haga una interpretación favorable de lo inaccesible.

Un discurso errático niega el acceso a la administración de justicia ya que la ubica en el misterio y a quienes no la entienden los condena a la muerte civil. Ello instigó la publicación de Ley de las XII tablas que, pudiera pensarse, es una ley de igualdad romana. Antes de su publicación, las leyes romanas existían en el misterio,²⁰ fuera del lenguaje común, pues eran propiedad exclusiva de los sacerdotes como únicos seres que dominaban la palabra. Al publicarlas, adquieren verdadera estabilidad.²¹ Todos pueden ejercer control sobre su ejecución y ello significa una aplicación del principio democrático del que hablamos. Si se vulgariza la norma y ella además es clara se dará una verdadera justicia, un control ciudadano a su interpretación y una igualdad en su aplicación, todo lo cual la protege de la tergiversación.

De esto se trata la moderna sanción presidencial: de que un órgano ejecutivo haga públicas las leyes y no se conviertan en patrimonio de pocos, como lo fue la regulación jurisprudencial de la casación hasta hace un tiempo, que en la práctica era denegar justicia pues solo unos pocos iniciados podían acceder al recurso por ser su regulación misteriosa y confusa. Igualmente sucede cuando no se motiva una sentencia o se falla bajo el principio de la verdad sabida y buena fe guardada. La justicia secreta y confusa no es verdadera justicia y socava los más elementales principios democráticos de igualdad, legalidad y derecho de defensa.

La justicia se convierte, entonces, en un personaje de mitología, en un personaje con varias caras (interpretaciones), que le facilitan ocultarse y en esos lugares

20. Si se puede decir ello, humanamente, pues ese lenguaje no había sido publicado y humanamente solo existe lo publicado por ser eminentemente social.

21. Estabilidad, pues al publicarla se puede controlar su cambio y su interpretación. De esta manera se presta servicio a la igualdad, pues las interpretaciones amañadas o tendenciosas son dominadas.

es donde se esconde el poder autoritario que no permite ser criticado, el autoritarismo se rodea de misterio. Al final, cuando no se define nada de manera clara, donde reina la polisemia y existe multiplicidad de normas que regulan “lo mismo”, no hay legalidad y no hay sometimiento, puesto que no hay nada a qué someterse. Simplemente, en el caos del lenguaje, no pueden existir los principios de legalidad, democracia e igualdad.

Esto es, en definitiva, lo que sucede con la multiplicidad de códigos procesales que regulan una misma materia que claramente debería ser regulada de manera única. Se dificulta el sometimiento a la ley tanto de funcionarios como de particulares por la falta de claridad, producto de la multiplicidad de significados que puede llegar a tener un mismo punto de derecho.

La igualdad está atada al conocimiento. Cuántas veces nos ha pasado a quienes hemos asistido a solicitar justicia, que nos sentimos tratados de manera desigual debido al desconocimiento del juez acerca de una norma. El desconocimiento del derecho, tanto de jueces como de particulares, esconde el verdadero querer del legislador y por esta razón se aplica de manera desigual y por ende injusta. Pero esta situación en el contexto en que vivimos, con múltiples regulaciones “sobre lo mismo”, se ve potenciada. Es decir, ante situaciones iguales estaremos sometidos a múltiples peligros, pues la multiplicidad de códigos alimenta la ignorancia de jueces y abogados. Por esta situación caótica y por las complejidades del mismo lenguaje, las interpretaciones pueden multiplicarse infinitamente. La falta de claridad fractura la igualdad y niega la justicia. La justicia aplicada de manera divergente, desintegra el sentido del derecho y su mismo concepto se ve en entredicho.

Con los presupuestos anteriores analicemos la pertinencia que en nuestro presente legislativo tendrían el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

En el campo del derecho laboral algunos han considerado como dogma central que los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato laboral difieren del tradicional concepto del derecho civil. Así, se proclama que los elementos esenciales del contrato de trabajo son los que encontramos en el artículo 1502 del Código Civil; es decir, capacidad, consentimiento, objeto y

causa lícitos, y los elementos naturales²² son la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia y el salario.

Al respecto no podemos estar más en desacuerdo. Estas definiciones, evidentemente, no se acomodan ni a lo que algunos llaman “requisitos del negocio jurídico” que aparecen en el mencionado artículo 1502 del Código Civil, ni a las definiciones que nos trae el artículo 1501 del mismo código,²³ ni a las definiciones, incluso, del mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23, las cuales sí se amoldan cabalmente a los artículos referidos del Código Civil.

Como se ve, los elementos descritos como esenciales en la tergiversación laboralista en comento, son en realidad los de todo negocio, según el Código Civil y no solamente de los contratos. Por su parte, los elementos descritos como naturales son los esenciales del contrato laboral, según los códigos Civil y Sustantivo del Trabajo. Es decir, los elementos sin los cuales el contrato no genera efecto alguno o degenera en un contrato diferente.

Esto es lo que sucede cuando se omite el elemento “continua subordinación” en una relación jurídica de trabajo. Un contrato, que por la prestación personal del servicio debe ser laboral, por la circunstancia de faltarle la continua subordinación o dependencia, degenera, como dice la definición antes vista y contenida en el artículo 1501, en otro contrato que llaman algunos de “prestación de servicios”.²⁴ Sin embargo, la tergiversación en comento no permite que se entiendan cabalmente los elementos y la interpretación de un contrato laboral y esa falta de claridad surge de lo que considero un error: no considerar el contrato laboral como un contrato normal aunque esté regulado en su propio código sustancial. De manera concreta, un elemento esencial del contrato de

22. Que son en realidad los esenciales, como técnicamente lo señala el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23. Si fuese así, ello indicaría que los elementos naturales se podrían excluir sin desnaturalizar el contrato, lo cual es falso.

23. Código Civil. Artículo 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. *Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*

24. Denominación que no comparto pues no corresponde a ningún contrato típico, a pesar de estar nominado en algunas normas como la Ley 80 de 1993, denominación de la cual se abusa y es frecuente encontrar entidades públicas que hacen encuadrar en dicho contrato, todas sus relaciones jurídicas.

trabajo es la continua subordinación, que al faltar hace que un contrato de trabajo degenera en otro, como sucede en nuestro ejemplo.

Esta tergiversación en pos de exaltar la especialidad o el carácter sublime de un contrato de trabajo no es nada más que un error, que encuentro justificado por la necesidad o ansias de ver diferenciada una materia que no lo es tanto.

El principio de realidad, que prohíjan tanto la Constitución como el mismo Código Sustantivo del Trabajo, es otra forma de decir lo que afirmamos. Este principio tampoco es una razón para considerar al contrato de trabajo un contrato diferenciado. Como lo expone Ernesto Rengifo, el criterio de realidad de cómo las partes han entendido y aplicado el contrato que celebraron se ha convertido en el derecho civil en el más importante criterio interpretativo de las relaciones de esta naturaleza.²⁵ Así, no se puede pensar que el principio de realidad del derecho laboral sea algo más que la aplicación del principio incorporado en el artículo 1622 del Código Civil, exaltado justificadamente por la Constitución y la ley laboral. Lo que sucede cuando las partes en una relación laboral denominan su contrato con otro nombre –cualquiera que este sea–, pero este en realidad contiene los elementos esenciales del contrato laboral (prestación personal del servicio, subordinación y salario)²⁶ y debido a ello un juez declara que en efecto existe un contrato laboral y no el contrato que ellas dijeron celebrar, es simplemente la aplicación del principio contenido en el artículo 1622 ya citado.

Por estas razones no comparto la concepción del carácter diferenciado del contrato de trabajo, al cual –incluso– quieren llamar “relación laboral” para resaltar aún más su diferencia. El contrato laboral, simplemente, tiene una regulación extensa y, por supuesto, justificada; pero ello en nada lo diferencia de un contrato normal. Sería tanto como decir que el contrato de seguros (que es objeto de una regulación extensa en el Código de Comercio) o el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero perdieran su carácter de contrato por el solo hecho de estar caracterizados por su multiplicidad de normas.

La consensualidad es otra prueba. Como ya establecimos, los contratos se interpretan principalmente por la conducta de las partes. De esta manera, no es

25. Artículo 1622 del Código Civil. “Las cláusulas de un contrato se interpretarán...O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

26. Para algunos, el salario es una consecuencia de los dos primeros y no un elemento.

necesario (por el principio de consensualidad) que estas lleven a cabo solemnidad alguna ni entreguen nada en señal de acuerdo, ya que el mero encuentro de voluntades hace nacer al contrato.²⁷ De esta manera, en nada se diferencia que las partes, por el mero acuerdo, empiecen a desarrollar un contrato cualquiera y después se interprete su voluntad según su conducta, lo que sucede cuando se declara una relación laboral de acuerdo con el principio de realidad.

El hecho de que el contrato de trabajo tenga un código propio (sustantivo, resalto) y esté extensa y minuciosamente regulado, lo cual está absolutamente justificado debido a la importancia social de dicho vínculo, no es óbice para no considerar el contrato laboral como un contrato. Creo –y esto es una mera suposición– que la tendencia de los laboristas a darle una naturaleza diferente al contrato laboral obedece únicamente a su deseo de resaltar la importancia que merece, pero ello es absolutamente innecesario. No hay mejor prueba de su valor que el hecho de que el legislador se haya preocupado por darle un código sustancial propio y su regulación ocupe permanentemente su agenda.

Lo que se pretende demostrar es que la particularidad del derecho laboral puede estar debidamente protegida por otros medios –como se colige de lo dicho–. Es suficiente protección para su individualidad (un código sustancial propio) la existencia de jueces especializados que conozcan el tema sustancial a profundidad y la consagración de normas procesales exclusivas dentro del marco de un código de procedimiento judicial único. Empero, lo que sí no encuentra justificación es la coexistencia de un código procesal diferenciado que trae confusión innecesaria al tema procesal de la materia, conculca los derechos de los trabajadores a un juicio justo y al debido proceso, rompe los valores democráticos²⁸ descritos, elimina sin justificación alguna el tratamiento igualitario de situaciones análogas y conlleva –por su misma confusión y por tanto no sujeta a hallazgo– la gravísima consecuencia de dificultar el acceso a la administración de justicia.

Esta necesidad de tener un código procesal propio trae dentro de sí la errada idea de que el derecho procesal es un obstáculo para el derecho sustancial,

27. Así tenga dificultades probatorias según el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, y así autores como Hernán Fabio López Blanco no se encuentren de acuerdo con su existencia y pidan, según las reglas de la experiencia, que se excluya esta forma de contratar.

28. Expresión que me parece muy precisa, pero de la cual se abusó enormemente al punto que llegó a perder absolutamente su significado. Sin embargo, a pesar de ello prefiero usarla.

equivoco que hermosamente demuestra nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo cuarto:

ARTÍCULO 4. *Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...*

Se puede entender la necesidad que se pregona en el derecho laboral de tener un procedimiento efectivo a la hora de proteger los derechos de los trabajadores, pero no es de la esencia del derecho procesal ser un obstáculo para el derecho sustancial. La ineficacia del derecho procesal y de los procedimientos es un problema que afecta todo el derecho y no una de sus ramas en particular; eso es evidente. Lo que verdaderamente es un impedimento para la efectividad del derecho sustancial es la proliferación de códigos procesales que hace de los procedimientos algo confuso y errático. El derecho procesal será una herramienta útil para el derecho sustancial y la protección de las garantías y derechos que todo ciudadano debe tener a la hora de verse enfrentado a un juicio, solo si es objeto de una regulación adecuada; es decir, breve, eficiente y única. Cuando se crea confusión a causa de normas disgregadas, el derecho procesal pierde su capacidad de ser lo que en realidad es: un instrumento para la efectividad de los derechos sustanciales ya que da lugar a interpretaciones ambiguas y la misma escogencia de una interpretación entre cientos, conducirá a la vulneración de derechos sustanciales. De estar unificados los procedimientos se evitaría la inequidad en el trato de los sujetos.

Nos preguntamos, entonces, ¿cómo podríamos defender la aplicación eficiente y correcta del derecho laboral? A ello respondemos con las tres soluciones enunciadas anteriormente, las cuales paso a describir a continuación.

Código sustancial propio

El legislador, al regular exhaustivamente la materia y capturar sus particularidades y complejidades mediante un código sustantivo –regulación que ninguna otra materia obtiene de manera tan específica– evidencia una preocupación legítima, por tanto no es viable acusarlo de desidia o descuido. Puede que la regulación con la que se cuenta no sea la adecuada o esté absolutamente errada, pero aún así la solución no debe ser el manoseo de las normas procesales sin recato alguno, lo cual va en contra de la misma materia que se quiere regular. El camino –creemos– es buscar el mejoramiento en el sentido que consideren aquellos que gustan de la materia, pero reservado al ámbito sustancial. Lo procesal, por el contrario, debe ser un asunto abstraído del campo jurídico, estar

regulado por todos y responder a la lógica de la eficiencia, lógica que no se logra con la dispersión sin sentido de códigos y normas.

Jueces especializados

Otra medida bastante eficiente y sensible a las complejidades y particularidades de una materia es establecer jueces especializados. Esto no necesita demostración, pues gracias a esta sencilla medida se responde a la personalidad propia del derecho laboral y a las necesidades particulares del sector y de los trabajadores, se garantiza en mayor medida el acierto en las decisiones y es una solución efectiva que no se interpone con la eficacia de la justicia, amén de hacer palpable la preocupación y tratamiento especial del Estado a esta sensible materia. Y esto –resalto– puede llevarse a cabo sin dotar a los funcionarios de un código procesal propio; les basta con conocer a profundidad el tema sustancial para que la materia se vea legítimamente aplicada. Las normas procesales deben ser compartidas con las demás ramas del derecho, ya que el derecho procesal es una rama única que en ningún caso pretende ralentizar el proceso o hacerlo ineficiente; solo su mala comprensión y su atomización han llevado a este patético resultado.

Normas especiales dentro de un código de procedimiento judicial

Por último, planteo –con cierta reserva, lo confieso– como tercera medida el establecimiento de normas especiales en el marco de un código de procedimiento judicial único (como se hace en algunos procesos civiles) para responder a las particularidades del ámbito laboral. Pero estas, por supuesto, deben ser excepcionales a fin de evitar que sirvan de pretexto a ciertos gobernantes para reformar el Código de Procedimiento Judicial, con intenciones claramente demagógicas.

El código que se propone debe establecer como principio el mantenimiento de un proceso único o en su defecto, de muy pocos procesos. Esto se explicará más adelante, pero desde ya se resalta la importancia de un proceso único y su inclusión como principio rector. La experiencia de cuarenta años ha demostrado la inconveniencia y el error de tener diversidad de procesos, sin lugar a dudas causa principal de la ineficacia de la administración de justicia durante este periodo. Como dijo Edgardo Villamil alguna vez en su cátedra de recursos extraordinarios: “Renuncié a dictar clases acerca del tema de procesal civil especial, ya que es incomprensible e inasible... Yo renuncié a comprenderlo”.

Y, sinceramente su renuncia no obedeció a incapacidad (si es que no lo dijo solamente con *animus iocandi*); en verdad es oscuro y por ello ineficiente.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

En lo tocante a esta normatividad podemos hacer análogos comentarios a los ya mencionados. Analicemos brevemente las acciones clásicas que se pueden incoar judicialmente dentro del terreno de lo contencioso administrativo en un orden pertinente y saquemos nuestras propias conclusiones.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Esta, como veremos, es una típica acción indemnizatoria cuya característica es estar referida a un acto administrativo generalmente de contenido particular y diferenciada de la simple nulidad por su carácter indemnizatorio. También podemos afirmar, que lo indemnizatorio es un ámbito clásico de la especialidad civil y de la jurisdicción ordinaria, por tanto sería suficiente con las regulaciones particulares relacionadas con lo sustancial y la validez y existencia de los actos administrativos sin que se vea necesidad alguna de recurrir a un código propio de procedimiento judicial, que –y nunca nos cansaremos de repetirlo– lo único que genera es confusión e ineficacia en la administración de justicia. Esto, más que nunca, es aplicable a la nueva situación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que al parecer y conscientes de ello, los administrativistas han abandonado la idea de apelar a las distintas acciones y la diferencia entre los caminos procesales se hace de manera más técnica a través del concepto de pretensión. Como se observa, la materia procesal es única y obligó a los redactores del referido código a unificar criterios, acierto que podría extenderse a todo el universo procesal.

La acción de reparación directa

La reparación directa (responsabilidad del Estado) ha sido tema de estudio del derecho civil desde tiempo atrás, por lo tanto basta con prescripciones especiales en el área sustancial por la circunstancia particular de que es el Estado el que se involucra en la discusión sin que sea necesario invocar todo un código procesal que regule la materia. Ahora bien y como en el caso anterior, añadiéndole la circunstancia de la nueva regulación procesal de la materia que corrobora esta propuesta.

La acción de controversias contractuales del Estado

Esta acción es la otra cara –podría decirse– del objeto de la acción anterior; es decir, la responsabilidad contractual del Estado y de los particulares, acerca de lo cual la especialidad civil se ha ocupado desde siempre como una fuente de obligaciones. Por ello, la jurisdicción contencioso administrativa se nutre constantemente de las discusiones civilistas, por lo cual sería suficiente la regulación particular sustancial que se considere pertinente hacer en el derecho administrativo, sin que sea necesaria una regulación propia acerca del tema procesal judicial. La nueva regulación corrobora lo que afirmamos.

La acción de nulidad

En lo que respecta a la acción de simple nulidad debemos hacer algunas precisiones. Como se deriva de su regulación y de excluir del universo jurídico la posibilidad de exigir alguna reparación por la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, esta acción comparada con las anteriores, posee una mayor identidad. Tiene, dentro de su esencia, un fin más público que privado y reviste una importancia capital para el control democrático, ya que los particulares pueden ejercer control sobre el poder ejecutivo a través de la jurisdicción. No obstante y precisamente por su importancia, un código procesal judicial propio lo único que logra es complicar el acceso de los ciudadanos a esa facultad y por ende conculcar el derecho legítimo (al igual que sucede en el ámbito laboral) de acceder a la administración de justicia.

Para respetar las particularidades importantísimas de esta última acción, las soluciones planteadas son más que adecuadas para conservar los capitales derechos y garantías que se buscan con ellas. Es decir, es suficiente con el establecimiento de una normatividad sustancial propia, contar con jueces especializados –como ya los hay– que aseguren el acierto en las decisiones que tramitarán y adoptar en el código de procedimiento judicial las disposiciones especiales necesarias para atender las particularidades que dichas acciones o pretensiones requieran dentro del ámbito procesal.

Sin embargo, hay al respecto un asunto particular que no debe pasar inadvertido: en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –como todos podemos notar– no solo se ha regulado la cuestión estrictamente judicial. Así, en la primera parte se regulan asuntos ya no referentes a disposiciones para acceder a la actividad de los jueces, sino aquellos de exclusiva actividad de la rama ejecutiva. De esta manera, encontramos normativización acerca de los procedimientos administrativos, de las actuaciones

administrativas, de la vía gubernativa, etcétera y estamos de acuerdo con que esa regulación exista, lo que significa que es la regulación especial, particular, no judicial, de la que tanto hemos hablado lo que demandan estas especialidades. Pero, de igual manera, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se incluyeron asuntos estrictamente judiciales, normas a todas luces impertinentes que violan los principios expuestos, por lo cual al resolver acerca de este asunto se deben diferenciar estas dos regulaciones específicas que por mera casualidad o capricho están incluidas dentro de un mismo cuerpo normativo.

Cabe concluir que la regulación de la rama ejecutiva del poder público es eficiente, pero no creemos que de ella forme parte la ordenación del procedimiento judicial. Esa regulación debe estar incluida dentro del código de procedimiento judicial único a fin de que esta importante materia pueda estar legislada de manera eficiente y coherente.

Código de procedimiento penal

Esta materia como ninguna otra, merece una regulación propia y separada. Cabe afirmar que lograr una sentencia que castigue al culpable y exonere al inocente, los carísimos derechos con los que se juega en esta especialidad (como las libertades personales o el profundo interés), el marcado perfil inquisitivo²⁹ (que por lo expuesto toma el proceso penal) y el desbalance en cuanto a la carga de la prueba (que necesariamente se da por las garantías que debe tener el empapelado en su juicio), son cuestiones incompatibles con los demás procesos judiciales. El tema es de importancia capital y en él se ve protegida la estabilidad misma del Estado, pues garantiza un orden mínimo en una sociedad. Está en juego también el control al despotismo, a la arbitrariedad, al absolutismo. Gracias a él se controla la inmensa potestad del Estado sobre los particulares, pero a la vez no debe desarmárselo frente a la criminalidad.

29. Aunque se puede decir que es acusatorio y por lo tanto opuesto al inquisitivo, según las concepciones de Devis Echandía al respecto, quien reafirma que los sistemas procesales son dos: el acusatorio y el inquisitivo. El acusatorio indica que las partes están en contienda y esa pugna determinará quién tiene de su lado el derecho sin intervención del juez. Por otro lado, está el sistema inquisitivo, que busca la verdad y la verdadera justicia con intervención de todos los actores del proceso –incluido el juez– y que con base en ella se juzgue. A esto me refiero cuando afirmo que el proceso penal –incluso hoy– es inquisitivo. Su moderno apelativo de “acusatorio” se refiere a la división entre el investigador (acusador) y el juzgador, algo enteramente distinto y además, un verdadero logro (ver Devis Echandía, 2006).

Así, la esfera penal reclama una regulación propia, extensa, cuidadosa y sobre todo particular. Sin embargo, incluso para el ámbito procesal penal hay materias y aspectos que pueden ser unificados, aunque somos conscientes de que para que un cambio de esta naturaleza se dé, es imperativo dar antes pasos firmes y cortos. Por ejemplo, la esfera probatoria (salvo la carga de la prueba, aunque sería un clásico ejemplo de un caso que puede tener regulación especial dentro de un marco general) se funda en principios que resultan comunes a todas las ramas del derecho y las mismas técnicas reconstructivas como lo señalan Devis Echandía (2006) y Dellepiane (2009). Devis Echandía establece cómo tanto en lo civil como en lo penal, el mundo fluye hacia los procesos inquisitivos con facultades amplias del juez, por lo cual no es de extrañar que la unificación también reclame un espacio a este respecto.

Cabe preguntarse, entonces, ¿en qué terminan los códigos de las especialidades dada la obstinación de cada uno de tener su propia ínsula en donde reinar? Terminan en trasuntos mal logrados del Código de Procedimiento Civil o, en el mejor de los casos, en un vademécum de disposiciones especiales referentes al problema en cuestión que respetan un código fuente como el Código de Procedimiento Civil, lo cual no es nada más que el resumen que un buen estudiante de derecho en asuntos sustanciales haría al estudiar el Código de Procedimiento Judicial para extraer lo que le interesa.

Como vemos, para el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo lo judicial no es más que un aparte extenso de su regulación que nadie extrañaría si se lo sacara de allí y se regulara adecuadamente y en lo tocante al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es en verdad muy poco lo especial de su procedimiento. Es una mala copia del Código de Procedimiento Civil, que en relación con aquello que decidió regular en muchos remite a otro código, todo lo cual hace que su regulación sea deficiente y cause confusión por ser diferente sin necesitar serlo.

Esta actitud es, sin más, prácticamente inconstitucional y pondera de un lado los valores democráticos³⁰ y por el otro, la especialidad de las materias sustanciales que se pretenden regular de manera específica (que de todas maneras no justifica la existencia de códigos especiales de procedimiento judicial). Es claro que la

30. Como la claridad en las definiciones legales para seguridad de los gobernados; el control al juez y a todos los funcionarios a través del principio de legalidad, que se ve menguado pues dicho control no tiene un marco claro y por lo tanto es vulnerable; la efectividad de los derechos sustanciales a través de la regulación eficiente, clara y concisa de su instrumento: el derecho procesal.

balanza se desnivela desproporcionadamente en un juicio de constitucionalidad debido a que no estarían justificados los sacrificios de los primeros valores –democráticos– por el segundo descrito. Pero si ello no se acepta, se deberá aceptar al menos que la regulación especial diferenciada de procedimientos es algo que sobra y es inadecuada, respecto de lo cual no vale la pena insistir más.

Código y estatutos

Otro asunto al que vale la pena referirse, alude a la elección legislativa entre expedir códigos con pretensiones universales y expedir estatutos y en este sentido la tendencia –acertada por lo demás– es a la expedición de estatutos. Volver a tener una codificación como nuestro Código Civil, omnicompreensiva, lógica –la mayoría del tiempo– y llena de virtudes, es una esperanza inalcanzable.

Un buen ejemplo de lo que mencionamos se evidencia en la esfera comercial. Desde tiempos atrás, para regular estos asuntos los legisladores han preferido sustraerlos de las codificaciones y darles entidad propia; esto es, hacerlos más maleables y susceptibles de modificaciones sin tener que reformar todo un código y para ello han decidido recurrir a los estatutos.

Un modelo incuestionable es la regulación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. En ese estatuto se advierte la preocupación del legislador internacional por regular un contenido concreto, hacerlo de manera eficiente y enfocado a la problemática propuesta. Constituye un acierto, sin duda, que muchos contratos tengan su propio estatuto. Cuestiones como la compraventa, el contrato de seguros, el contrato de transporte, el contrato de arrendamiento o el contrato laboral, tienen estatutos propios y son múltiples los beneficios que esta forma de regular cada temática trae. Se puede mencionar que un estatuto otorga claridad a los gobernados si al momento de hacer una reforma se le exige al legislador no salirse de su marco a fin de que los gobernados tengan una base sólida, un objeto claro al cual acudir para resolver sus dudas, amén de que se consigue eficiencia y maleabilidad pues no tiene que haber un consenso mayúsculo para obtener reformas minúsculas.

Sin embargo, el derecho procesal y su regulación no son un asunto análogo ni comparable con las materias que enunciamos. El problema se centra en que a pesar de que parte de la doctrina conceptúa que esta materia debe estar repartida en una normatividad dispersa, esta es una sola. Es decir, no se están regulando varios ámbitos; no existe eso que han dado en llamar derecho procesal laboral, derecho procesal contencioso administrativo, derecho procesal penal (aunque

este último sí merece un estatuto propio, pero no por ello se debe considerar una disciplina independiente; simplemente es un modelo principalmente inquisitivo que merece una regulación diferenciada).

Existe el derecho procesal y este es unitario. Protege idénticas garantías, en especial ese pequeño gran Sol que lo ilumina todo (parafraseando a Augusto Mario Morello): el debido proceso, así como al Estado de derecho. Resguarda asimismo, el principio de legalidad, el principio del juez natural, el principio de favorabilidad (que no es el principio homónimo del derecho sustancial laboral), la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a tener un juicio público y sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria (principalmente penal), el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, el derecho a no autoincriminarse ni a incriminar a personas cercanas y, finalmente, el derecho a acceder al suministro de justicia que el Estado debe asegurar. En fin, se está regulando una sola materia con idénticos fines, por lo cual su desmembración la haría incompatible con ellos.

De otro lado, frente a esta tensión entre regular a través de códigos o estatutos, al contrario de las temáticas planteadas en el caso del derecho procesal se debe optar por su regulación a través de un código. Esto significa que si bien la materia en el ámbito procesal es extensa y llena de vicisitudes y complicaciones, esta regulación debe hacerse de manera unitaria, intentando darle mayor coherencia y comprendiendo todo lo referente al tema de la administración de justicia. Esta exigencia de coherencia responde (lo que coadyuva con nuestros planteamientos) al hecho claro de que a pesar de su extensión y de la diversidad de problemas, la materia es una sola y tiene idénticas finalidades.

Por lo tanto, en este aparte nuestro propósito es llamar la atención acerca de la pugna que experimentan los legisladores modernos al escoger entre códigos y estatutos y mostrar cómo legislar a través de estos últimos es lo adecuado. Pero sobre todo, quisimos demostrar que este no es el caso del derecho procesal el cual debe tener una regulación única e incluyente que garantice la claridad y los ideales democráticos de todas las materias pertinentes, a través de un código de procedimiento judicial.

El arbitramento. Justicia por particulares

Al igual que el anterior, esta materia suscita cuantiosos interrogantes a lo que planteamos, sobre todo en relación con la manera como se ha abordado en

Colombia, que incluso, podría pensarse que nos contradice y que si se pasa por alto no abordaríamos integralmente el tema propuesto y dejaríamos de lado interrogantes que socavarían la fuerza del presente texto, por lo que quisiera también considerarlo brevemente.

Como bien lo señala López Blanco (2007), una de las causas que puso de presente este asunto y contribuyó a su desarrollo, fue la circunstancia de que su regulación se extrajo de los códigos Procesal Civil y Comercial y adquirió una ordenación propia. Esta situación tuvo su origen en la curiosa regulación del Código Procesal Civil de 1970 que adolecía de grandes deficiencias constitucionales (sumado a ello que la materia es eminentemente comercial) y llevó a los redactores del código comercial a considerar pertinente regular dentro de su obra la materia haciendo una copia literal del Código de Procedimiento Civil. Esta situación condujo a dos consecuencias: primero, dio lugar a la rara práctica de que quien citara la regulación sobre arbitramento se viera en el dilema de elegir una de las dos o simplemente las dos, porque tanto la regulación del Código de Procedimiento Civil como la del Código de Comercio estaban vigentes así dijeran lo mismo. Segundo, en virtud de esta anómala situación se decidió extraer el arbitramento de los códigos en cuestión y darle una regulación propia. Esto produjo un inesperado resultado: el legislador y la práctica arbitral experimentaron avances insospechados y Colombia llegó a ser líder regional e incluso mundial en esta materia.

Desde esta óptica, podríamos preguntar si acaso esta situación no contradice nuestras afirmaciones acerca de la existencia de un código único. En efecto, si bien es cierto que a el arbitramento se desarrolló grandemente, no lo es menos el hecho de que esta perspectiva también evidencia sus falencias.

En relación con el asunto, López Blanco (2007) cita una larga lista de normativas desafortunadas, inconexas y confusas que encuentran su clímax en el Decreto 1818 de 1998.³¹ Este Decreto —como lo señala el autor citado— es nada más y nada menos que una normatividad mentirosa que pretendió ser el compendio de múltiples normas sobre arbitraje (compendio siempre necesario por claridad y alcance democrático, cabe aclarar). En él se condensan normas derogadas, se transcriben otras sin rigor literal o se olvidan las vigentes, situación que se agrava si se tiene en cuenta que este decreto no tiene capacidad

31. Claro, todo esto ya superado por la regulación de la materia contenida en la Ley 1563 de 2012.

para derogar; simplemente, es informativo. En fin, en lugar de claridad lo que nos trajo fue oscuridad.

Como vemos, es una clave para la convivencia humana contar con reglas claras al respecto de todo y a fe que el decreto en mención pretendía atender a esta necesidad. Sin embargo, debido a que no lo logró su fin (pues incluso para una comisión informada o experta recopilar la normatividad pertinente fue una tarea superior a sus fuerzas) podemos afirmar que en lugar de la claridad reina la confusión. No otra cosa puede significar el hecho de que aún encontremos colegas que aplican sin miramientos el Decreto 1818 y no se preocupan en lo más mínimo por saber si la norma que citan en este decreto está vigente o no en su regulación original.

Por otro lado –como acontece con la tutela y en otros tantos ámbitos– la normatividad del arbitramento remite simplemente al Código de Procedimiento Civil en lo no regulado. ¿Es esto necesario? ¿Es esto serio? ¿Es forzoso que el arbitramento tenga su propio estatuto? No obstante (algunos se sorprenderán con este viraje), a pesar de lo sostenido aquí el arbitraje debe seguir regulado por fuera del Código de Procedimiento Judicial³² por razones que paso a considerar.

Primero, es un asunto que involucra personas con gran capacidad económica –generalmente– y en la mayoría de las veces es internacional. Desde este punto de vista, su lógica puede diferir de los objetivos de la administración de justicia estatal y si enlazamos este argumento con lo anterior, vemos que la administración de la justicia es deficiente principalmente en lo tocante a la justicia institucionalizada. Sus dificultades están articuladas a su carácter público, razón por la cual las problemáticas que tienen que enfrentar unos y otros –arbitramento y justicia institucionalizada– son diametralmente opuestas desde el punto de vista práctico; por ello, meterlos en el mismo saco podría ser contraproducente para ambos.

Ahora bien, es claro que el funcionamiento del arbitramento es mucho más eficiente que el de la justicia estatal (esta es su bandera, al menos) a pesar de que la problemática que planteamos acerca de la normatividad vigente todavía no se ha solucionado, por lo que involucrar el arbitramento en un código único le traería desmejora e interferiría con la cuestión principal (la eficacia) que tratamos en este texto.

32. Como sucede, de hecho, con la Ley 1563 de 2012.

Para concluir, es preferible que el arbitramento sea regulado de manera separada (obviamente con la remisión pertinente al código único por claridad) por ser la mayoría de las veces un asunto principalmente internacional que no se puede atar a nuestra problemática interna. A ello se añade que obra principalmente en la esfera privada y no se lo puede cargar con los asuntos públicos. De esta manera, si bien con fundamento en nuestra constitución se puede considerar el arbitramento como administración de justicia propiamente hablando, no lo es ni internacionalmente,³³ ni realmente, pues su carácter es contractual y no público (y el arbitramento internacional así lo demuestra).

Conclusiones

De lo dicho, nuestras recomendaciones concretas serían:

- Establecer un código de procedimiento judicial único que podríamos resumir como no penal.
- Esa regulación se debe hacer cuidando los tres aspectos señalados (normas sustanciales propias, jueces especializados y normas especiales procesales restringidas y en consideración absoluta a la necesidad) para cada materia sustancial que hoy posee un código procesal propio, a fin de darles la importancia y el trato que las materias sustanciales particulares merecen.
- En el código que proponemos, por razones prácticas (a diferencia de lo penal, pues su necesidad es más concreta) el arbitramento debe ser excluido para dotarlo de un estatuto propio.

33. No se puede afirmar –como lo hace nuestra Constitución– que en realidad sea administración de justicia, ya que esta implica que el Estado de todas formas está ejerciendo soberanía a través del particular árbitro, lo cual no sucede en este caso. Es decir, ello no se puede afirmar, por ejemplo, en el arbitramento internacional porque en él valdría preguntarse: ¿qué Estado, de todos los que existen, estaría ejerciendo jurisdicción y soberanía a través de un arbitramento internacional?

CAPÍTULO III

La eficacia del derecho. El problema del ser y del deber ser

En este capítulo se indagará acerca de la manera más adecuada de estudiar y comprender el derecho procesal; esto es, si pertenece al mundo del ser o al mundo del deber ser, lo cual determinaría su metodología de estudio.

El problema del ser y del deber ser

El problema epistemológico del ser y del deber ser fue abordado por el filósofo David Hume (2005), para quien el ser y el deber ser no se tocan lógicamente y su estudio debe hacerse por separado. Este problema fue descrito por Hume casi de manera fortuita en un párrafo de su *Tratado sobre la naturaleza humana*, sobre el cual han recaído profundas reflexiones y discusiones inagotables acerca de la posibilidad de tender un puente entre el ser y el deber ser, algo que desde el punto de vista lógico parece imposible:

No puedo evitar añadir a estos razonamientos una observación que quizás puede tener alguna importancia. En cada sistema de moralidad que he observado hasta ahora, encuentro siempre que el autor procede algunas veces en la forma ordinaria de razonamiento, y establece la existencia de Dios, o hace observaciones sobre asuntos humanos, cuando de repente soy sorprendido porque, en vez de las usuales copulaciones de proposiciones “es” o “no es”, me encuentro con proposiciones ninguna de las cuales no está conectada con un “debe” o “no debe”. Este cambio es imperceptible, pero es sin embargo de consecuencias últimas; porque como este “debe”, o “no debe”, expresa alguna nueva relación o afirmación, ésta debe necesariamente observarse y explicarse; al mismo tiempo debe darse una razón para algo que parece completamente inconcebible: cómo esta nueva relación puede

ser una deducción de otras que son completamente diferentes de ella. Pero como los autores no toman comúnmente esta precaución, debo intentar recomendarla a los lectores; y estoy persuadido que esta pequeña atención subvertiría todos los sistemas vulgares de moralidad; y permite ver que la distinción de vicio y virtud no se encuentra simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón (Hume, citado por Sánchez Fernández, 2007, p. 636).

Las consecuencias de este párrafo para la epistemología son claras y decisivas:

La interpretación estándar de este texto, de acuerdo con la importante selección ofrecida por Hudson en 1969, sostiene que Hume estaría afirmando aquí la existencia de una barrera lógica (gap) —o una “guillotina”, como escribiría Max Black en 1964— entre proposiciones de es y proposiciones de debe ser, sea porque el debe no puede ser reducido a es, o porque el debe tampoco puede ser lógicamente derivado de aquél. En otro texto Hudson señala, además, que al decir de los partidarios de la interpretación estándar, el reconocimiento de esta valla se hallaría en la base de filosofías como las de Moore, Stevenson o Hare (Ibíd, p. 636).

Con fundamento en el párrafo transcrito algunos autores han señalado las siguientes conclusiones necesarias:

- a. *Para Hume ninguna otra derivación es posible, desde que para el autor inglés todo razonamiento sería deductivo o defectuoso.*
- b. *Cualquier posibilidad de fundar la moralidad en hechos vendría condenada por el citado texto, llamado a veces como la “ley de Hume” (Ibíd, p. 637).*

En otras palabras [las de Mendonça (2000)] el problema es el siguiente:

En un pasaje, repetidas veces citado del Tratado de la naturaleza humana, afirma Hume que los sistemas morales parten de formulaciones del tipo “es” y pasan, de pronto, a formulaciones del tipo “debe ser”. Este paso sería de suma importancia, pues ese “debe” introducido expresa una nueva relación. Para Hume, es impensable que prescripciones del tipo “debe” puedan deducirse de afirmaciones del tipo ‘es’, puesto que son por completo diferentes, de ahí que tal imposibilidad se denomine “Ley de Hume”. Conforme a dicha ley, ninguna norma puede deducirse de un conjunto de premisas que no contenga al menos una norma. La Ley de Hume se sustenta en la tesis de que nada hay en la conclusión que no esté en las premisas (pp. 37-38).

Para Kelsen (1986) el ser y el deber ser son mundos por completo ajenos el uno del otro. El primero pertenece al mundo fenoménico y es estudiado por la causalidad; el segundo, por ser un mundo ideal, un mero lenguaje, es estudiado por la imputación. Desde este acertado punto de partida epistémico, Kelsen postula

que al ser el *ser* y el *deber ser* cuestiones disímiles, el derecho estaría dotado de un objeto de estudio:³⁴ el deber ser, campo en el que se intentará mantener su obra. De allí la “pureza” de su propuesta: pretendió ser un estudio –sin olvidar la barrera propuesta por Hume– que se quedó estrictamente en un plano ideal, el plano del deber ser.

No obstante, una cuestión de método subyace al problema del ser y del deber ser. Debido a que son mundos opuestos, la metodología de su estudio también es profundamente diferente. Mientras que el mundo del ser es ontológicamente independiente (existe a pesar del humano) el universo del deber ser es una creación lingüística. Por lo tanto, si bien el ser se puede experimentar y está gobernado por las leyes de la naturaleza, el deber ser no se puede experimentar de manera alguna y al ser una obra literaria no está gobernado por la naturaleza.

Es decir, la metodología de estudio de uno y otro es absolutamente diferente. En la esfera del ser gobierna la causalidad;³⁵ es un espacio que se puede experimentar y donde el lenguaje es un mero descriptor de la realidad sin gobernarla. Muy por el contrario, el deber ser es un universo que no existe ontológicamente hablando y en él no gobierna la causalidad ni ley alguna de la naturaleza. En él no se puede experimentar, por lo que el empirismo no le es aplicable y por ser una mera creación lingüística, no solo el lenguaje le resulta relevante sino que limita su estudio. En otras palabras, los problemas investigativos del deber ser son problemas de lenguaje,³⁶ de allí que sus métodos sean la gramática y la hermenéutica, principalmente.

34. Debo recordar que Kelsen intentó responder al más grave cuestionamiento que se le hace al derecho como ciencia, pues se lo acusa –como lo hace Larenz– de no tener objeto ya que de un plumazo del legislador bibliotecas enteras pueden quedar como papel mojado, lo que desdice del objeto de estudio del derecho, que por ello luce como algo enteramente caprichoso o inexistente. Ante este reto, Kelsen encontró en el problema del ser y del deber ser la más grande oportunidad, ya que le permitió afirmar que el derecho se ocupa de un objeto de estudio bastante particular y enteramente disímil al de las “ciencias duras” (el ser), el cual es el deber ser.

35. Hoy con la física cuántica la situación puede ser descrita de manera diferente, por demás, mucho más compleja ya que se incluye a la probabilidad.

36. “Aquí habrá que señalar brevemente la importancia del lenguaje para la teoría y la praxis del derecho. Debido a que nuestro derecho aparece hoy siempre bajo la forma de una formulación lingüística, el derecho está vinculado al problema del lenguaje y sujeto a los límites de su capacidad de expresión. Por consiguiente, el conocimiento del problema del derecho presupone siempre el conocimiento de los problemas del lenguaje.” (Schreiber, 1995, p. 18). (Acerca de los problemas de la investigación del lenguaje, ver Austin, 1998 y Wittgenstein, 2002).

De esta manera Kelsen, como lo describe Atienza (2000), divide las ciencias o segmentos del conocimiento partiendo del problema del ser y del deber ser, según el objeto que estudian y la metodología que utilizan, lo que será muy diciente para el punto que deseo tratar (el derecho procesal). En primer lugar, hay ciencias que estudian la naturaleza y ciencias que estudian la sociedad; unas desde el punto de vista causal y otras desde el punto de vista imputativo. Gráficamente, con algunos ejemplos, la cuestión es la siguiente:

Ciencias que estudian la naturaleza	
Según el método causal	Según el método imputativo
Física	Religión
Química	Mito
Biología	Leyenda

Las primeras dejan de lado cualquier consideración axiológica y se ocupan exclusivamente de las relaciones causa-efecto entre los objetos. Las segundas, por el contrario, parten de la afirmación de valores que rigen el universo; por lo tanto, las relaciones entre objetos no están regidas por leyes neutrales sin sentido, sino por principios morales que subyugan a las mismas leyes de la naturaleza. Mientras en las primeras no existe propósito ulterior, en las segundas las leyes de la naturaleza cumplen un papel en la consecución de un fin moral último, que es en realidad lo que interesa. En últimas, las primeras no tienen una teleología, mientras que las segundas sí.

Respecto de la sociedad, la cuestión sería la siguiente:

Ciencias que estudian la sociedad	
Según el método causal	Según el método imputativo
Sociología	Derecho
Antropología	Ética
Administración	Axiología

En lo tocante a la sociedad, también es posible hacer afirmaciones de lo que es y de lo que *debe ser*; esto es, se puede hablar de la sociedad desde el método causal o imputativo y como bien señala Kelsen, con ello se han hecho afirmaciones absolutamente disímiles: “Tal como puedo afirmar acerca de algo que es, puedo decir también que debe ser, y he manifestado en ambos casos algo completamente distinto” (Kelsen, 1989, pp. 285-286). Así, la sociología, por ejemplo, está destinada a describir a la sociedad tal cual es; es decir, a partir del

método causal y por lo tanto afirmará que las causas de la delincuencia son la pobreza, el desempleo o similares. El derecho, por su parte, no afirmará nunca lo que la sociedad *es*, pues ello es objeto de la sociología y lo presupone, sino que afirmará lo que la sociedad *debe ser* y por lo tanto afirmará que la sociedad debe ser un lugar libre de delincuencia y establecerá sanciones para quien delinca. En definitiva, la sociología describe; el derecho prescribe u ordena.

Podemos concluir este aparte preguntándonos: ¿a qué mundo pertenece el fenómeno de la eficacia del derecho? ¿Al mundo del ser o al del deber ser? Al respecto se pueden hacer otras preguntas que pueden resultar esclarecedoras: si una norma es incumplida, ¿deja por ello de tener validez? Las normas jurídicas, ¿deben de tener una relación similar a la causalidad, esto es, que cada vez que se da un supuesto de hecho, necesariamente debe seguir una consecuencia jurídica?

Aquí reside el punto álgido de la cuestión. Las normas jurídicas —que no son normas de la naturaleza— pueden prescribir una sanción. No obstante, si esta no se lleva a cabo en la práctica, ello no significa que la norma pierda validez. Así, es frecuente ver cómo la norma que prohíbe matar es vulnerada constantemente y ello no hace que deje de tener validez; por el contrario, se la valora más y se hace más necesaria. Del otro lado, si una ley de la naturaleza, como la que postula que el agua hierve a determinada temperatura, es enfrentada a un suceso en el cual ello no sucede, no es el suceso el que queda en entredicho, sino que la misma norma o ley de la naturaleza es reputada falsa.

Todo ello —el problema del ser y el deber ser— explica, en consecuencia, que puede haber una distancia más o menos grande entre lo que efectivamente sucede y lo que prescribe una norma. El problema del ser y el deber ser explica que una cosa es lo que prescribe una norma —que como norma o postulado lingüístico tiene una existencia propia, solo que ideal— y otra es lo que sucede en la práctica. El deber ser es una premisa ideal de lo que debería ser la sociedad y su eficacia no es algo que le incumba a un estudio meramente normativo o del deber ser, sino un estudio en el plano del ser que es susceptible de ser comprobado empíricamente y está sometido a las leyes de la causalidad; esto es, se trata de un estudio sociológico y no jurídico. En otras palabras, a pesar de que el diseño de un edificio y el edificio en sí sean muy parecidos o no lo sean en absoluto, esa circunstancia no les hace perder existencia propia ni al edificio como fenómeno del ser, ni al diseño como fenómeno del deber ser, los cuales deben ser estudiados por separado y bajo el método que les corresponde.

Así, el problema de la eficacia del derecho –aunque pueda ser objeto de duras críticas para Estados incapaces de aplicarlo efectivamente– no es jurídico sino social, empírico y perteneciente al mundo del ser. La eficacia del derecho es objeto de estudio sociológico y del ser, lo cual determinará mi análisis posterior.

La metodología del derecho en general y del derecho procesal

De esta manera, se llega al punto central de nuestra cuestión: ¿cuál es, entonces, el objeto de estudio del derecho procesal y cuál su metodología?

Ross (1971) trae una división de las áreas del derecho que no admite discusión:

Esto se lleva a cabo de la manera siguiente. Uno de estos conjuntos separados de reglas, conocido como derecho sustantivo o primario, describe, movido por consideraciones relativas al bienestar público, qué se espera del ciudadano en el orden de su comportamiento, por ejemplo, que un vendedor ha de entregar las mercancías compradas en el tiempo adecuado. Otro conjunto de estas reglas parciales constituye lo que puede llamarse el derecho de sanciones o derecho secundario. Estas reglas enuncian las obligaciones que surgen de las violaciones de las obligaciones creadas por el derecho sustantivo. En otras palabras, enuncian qué sanciones han de aplicarse al ciudadano que ha infringido el derecho, y precisan más las condiciones en que han de aplicarse las sanciones. Tradicionalmente, el derecho de sanciones consiste en el derecho penal y el derecho relativo a daños y perjuicios. El derecho procesal o derecho terciario forma un tercer conjunto de reglas, que enuncian condiciones ulteriores que han de satisfacerse para que se dé y se haga cumplir una sentencia, esto es, el procedimiento que debe seguirse para cumplir y exigir la responsabilidad, y especialmente, cómo debe iniciarse un proceso y qué reglas de prueba y de procedimiento han de observarse en el tribunal (pp. 109-110).

Se tiene, entonces, un derecho primario que establece mandatos y prohibiciones (lo que Ross resume en el concepto obligación), un derecho secundario que instaura las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del derecho primario y un derecho terciario que establece el procedimiento para sancionar efectivamente el incumplimiento de las obligaciones para con la sociedad.

De esta manera y en consideración al problema del ser y el deber ser, pudiéramos preguntarnos en qué plano se ubican las diferentes áreas del derecho para aplicarles la metodología correcta. En un extremo, encontramos el derecho primario como paradigma deseado de una sociedad o deber ser de la sociedad,

en el cual se establecen obligaciones (no matar o no robar) y junto a él el derecho secundario o sancionador que impone sanciones por el incumplimiento del anterior. Estos tipos de derecho se ubican en el plano del deber ser ya que son un mero diseño de sociedad que puede llegar a ser cumplido o no, lo que no contradice su esencia como mero diseño lo que lo deslinda de su eficacia. Es decir, nadie dudaría de que el Código de Hammurabi es en realidad derecho, así hoy no tenga ninguna o muy escasa eficacia práctica,³⁷ ya que es un ente meramente ideal, un diseño de sociedad que como tal tiene existencia propia en un plano meramente ideológico.

En el otro extremo se tiene una zona de frontera que no es fácil tratar desde un punto de vista epistemológico y en la cual se ubica el derecho terciario, que se subdivide a su vez en dos grandes ramas: el derecho procesal y el derecho probatorio.

Acerca de tratar metodológicamente el derecho probatorio, acojo a Dellepiane (2009) en el sentido de afirmar que básicamente el derecho probatorio no es derecho, ya que su objeto es la reconstrucción de hechos para un proceso –finalidad que comparte con las ciencias reconstructivas como la historia o la paleontología– a pesar de que algunas veces se vea obstaculizado por el mismo derecho.³⁸ Para algunos teóricos, este no hace otra cosa que interferir en el objetivo de reconstruir hechos al regular la actividad probatoria. El derecho probatorio es antes que derecho, una ciencia reconstructiva proveniente del mundo del ser

37. Por tal razón, no estoy de acuerdo con la proposición de Hart acerca de que el derecho es aquel que es aplicado efectivamente por los jueces. Es una proposición que ignora que códigos como el referido tienen estructuras normativas claras así no se apliquen en absoluto actualmente, código que puede ser estudiado como deber ser sin ninguna dificultad en cualquier tiempo a pesar de su absoluta ineficacia. En definitiva, una posición como la de Hart ignora el problema del ser y el deber ser que hasta hoy no ha podido ser rebatido, una postura epistemológica de inicio imprescindible para cualquier investigador. La postura de Hart simplemente es un paso del ser al deber ser –algunos dirían una falacia naturalista inadmisible– que genera un sincretismo de métodos inaceptable entre los métodos jurídicos y sociológicos, sincretismo hecho sin ningún rigor que hace que sus afirmaciones. Como lo refiere Kelsen, no puedan tener bases científicas. (Ver Hart, 1977).

38. La presunción de inocencia desde un punto de vista meramente reconstructivo no tiene sentido. Como hipótesis, la inocencia no tiene por qué tener privilegios científicos ya que es una hipótesis equivalente al resto. No obstante, desde un punto de vista democrático y del deber ser, la presunción está absolutamente justificada. Vemos aquí cómo planteamientos del deber ser se interponen entre el investigador y la verdad por razones axiológicas absolutamente justificadas.

dedicada al estudio de los hechos³⁹ y es la única rama del derecho que usa el método causal. De esta manera, se llega al punto central de nuestra cuestión: ¿cuál es el objeto y qué metodología usa (o debería usar) el derecho procesal? Es evidente que hay una zona de frontera en el sentido de que el derecho procesal se ocupa de cuestiones eminentemente axiológicas alusivas al deber ser, como es el criterio regente de todo proceso, a saber, el debido proceso. No obstante, se ocupa también de cuestiones eminentemente prácticas, de logística, como el uso de reglas técnicas (la oralidad o la inmediación) o de cuestiones presupuestales del funcionamiento de la rama judicial. Es decir, el derecho procesal es un puente entre el mundo meramente ideal que significan el derecho primario y secundario y la práctica que busca que ese diseño sea una realidad y se aplique en la sociedad. El derecho procesal es por esta razón, objeto de preocupaciones axiológicas y también prácticas, ya que respecto a esto último el derecho procesal no pretende ser solo un diseño ideal, sino tener efectos prácticos en una sociedad determinada. Por tanto, tan impertinente es un derecho procesal que se ocupe exclusivamente de sancionar con eficacia sin importarle cómo lo hace, como un derecho procesal que se centre puramente en cuestiones axiológicas y en el debido proceso y deje de lado cuestiones prácticas que lo harían eficaz.

Tanto las ciencias provenientes del mundo del ser como del deber ser, deben confluir en el derecho procesal para abordar de manera eficaz esta doble faz que detenta esta materia. Veámoslo en el siguiente cuadro:

Derecho procesal en sentido amplio	
Según el método causal	Según el método imputativo
Sociología	Teoría del derecho
Antropología	Ética
Administración	Derecho constitucional
“Derecho” probatorio	Derecho procesal en sentido estricto (debido proceso)

Así, es importante partir de la teoría del derecho y de la ética como presupuestos epistémicos del derecho constitucional como marcos axiológicos y del mismo derecho procesal como estudio riguroso. Lo es, asimismo, acudir a la sociología para conocer la sociedad donde funcionará el proceso, a la antropología para estar al corriente del contexto cultural, al derecho probatorio como elemento

39. Esto no significa que la regulación sobre la actividad probatoria de un proceso no esté justificada. Lo está axiológicamente en el mundo de los valores; pero no en el mundo científico.

estructural pero práctico y a la *administración* (resalto), ya que es la ciencia perteneciente al mundo del ser que estudia en la práctica cómo una organización –como lo es la administración de justicia– puede ser eficaz en la consecución de sus fines en un contexto determinado y no en otro.

De aquí en adelante analizaré el concepto o la clasificación de los principios y las reglas técnicas, que en mi concepto tiene en cuenta como ningún otro análisis los presupuestos epistémicos delineados, tomando, diferenciando y haciendo confluir armónicamente elementos del ser y del deber ser en esta zona de frontera llamada derecho procesal.

CAPÍTULO IV

Concepto guía. Principios y reglas técnicas

El concepto que enuncia el título de este aparte es reflejo de un profundo pero práctico pensar acerca de la problemática del derecho procesal. Si se tienen claros los conceptos y su maleabilidad, claras sus diferencias, el profundo valor predominantemente práctico de unos y predominantemente ideológico y estructurante de otros, el redactor de un código (el legislador) podrá hacer interactuar los diferentes tipos de normas y jugar con las múltiples posibilidades para lograr una mejor administración, suministro y gerencia de la justicia.

Este concepto y la diferencia entre los principios y las reglas técnicas, muestran que el legislador debe ser inteligente a la hora de redactar un código de procedimiento, no solamente valorando cuestiones como las planteadas en el Capítulo I, sino también teniendo claros los conceptos fundamentales del derecho procesal. De esta manera, el legislador debe diferenciar los principios de las reglas técnicas a fin de administrar la justicia en debida forma. Así, la actitud en cuanto a los principios debe ser de respeto y adecuar su pensar a la concepción político-filosófica y a la ideología estructurante (su deber ser) de la sociedad que quiere regular. Por otro lado, en lo tocante a las reglas técnicas su actitud debe ser práctica, de conciencia sociológica y de conocimiento del terreno, para escoger dentro de ellas las que mejor se adapten a los objetivos buscados, como la practicidad, la evaluación de la situación y el uso racional de los recursos, todo bajo los criterios del mundo del ser.

En cuanto a los principios, el legislador no tiene más remedio que inscribirse en la sociedad, en la ideología que lo contiene y ser un intérprete, un regulador, un reglamentador; ser sensible al sentimiento popular elevado a la categoría

de tótem por la Constitución (esa es su vocación, al menos). Por el contrario, al respecto de las reglas técnicas debe ser técnico, práctico, gerente, móvil, evaluador (tanto en presente como en futuro), sensible y corrector.

Con respecto a la segunda clase de normas, el Estado y el legislador no se deben contentar con emitir un buen código de procedimiento judicial (esto se logró gracias a los gigantescos maestros en 1970), sino tener una actitud interventora, móvil, gerencial y administradora. Si se tienen claros los principios y las reglas técnicas y se regula en consecuencia, el Estado podrá ejercer las actitudes enunciadas justo donde las debe tener y justo las que debe tener; es decir, actuando conforme a la esencia y la diferencia cuando se encuentre frente a principios o reglas técnicas.

Este asunto nos lleva inevitablemente a considerar un concepto fundamental y extrajurídico como principal conclusión de este trabajo. Los valores administrativos y gerenciales tanto de las reglas técnicas como de todo lo que tiene que ver con la administración de justicia, no solo deben ser adoptados únicamente por nuestro código, sino también constituir una actitud obligada –plasmada y organizada por el mismo código– del Estado y de todos los que llevan a cabo la tarea de administrar justicia, incluidos, por supuesto, los abogados.

Sin adelantarnos más, describiremos de manera rápida los principios y las reglas técnicas para tenerlos como guía de nuestro razonar y como fundamento teórico de nuestro código de procedimiento judicial. Según López Blanco (2007), todas las conductas humanas se inspiran en múltiples concepciones político-filosóficas (sin que nos importe, ahora, cuáles sean en este caso) llamadas principios, pero advierte el autor que dicho concepto se ha tergiversado e incluido en él concepciones que no coinciden con su definición.

López Blanco explica que los principios (que debido a sus características son muy limitados) mientras se los considere como tales en virtud de un ordenamiento, son absolutos (pues no admiten contrarios), permanentes e inmodificables. Son una guía inexorable. Por ello, por las características tan exigentes que enunciamos, en verdad “... de la tradicional lista de principios acuñada por la doctrina tan solo se pueden rescatar como tales unos pocos...” (p. 87):

El grave error de nuestra formación profesional en el campo procesal está en que se nos enseñó que determinados aspectos característicos de un sistema procesal son “principios”, cuando de tal nada tienen pues no responden a las connotaciones indicadas y es por eso que si las circunstancias lo aconsejan, puede prescindirse de normas donde se les desarrolle, para adoptar disposiciones basadas en otras

orientaciones que se mostrarían más eficaces y no seguir apegados sobre el supuesto de que como son “principios” resulta sacrílega la conducta de dejar de cumplirlos (pp. 84-85).

Los verdaderos principios son pocos, los demás –como lo denuncia el autor– no son nada más que lo que en México han dado en llamar reglas técnicas de procedimiento, las cuales

[...] se implementan de acuerdo con las condiciones sociales, económicas y culturales y que vienen a otorgar individualidad al respectivo sistema procesal, porque a diferencia de los principios... se adoptan por conveniencia, empleando las que sean adecuadas en el momento histórico para el logro de la buena justicia, e incluso elaborando normas basadas en desarrollo de reglas que pueden ser contrarias, según lo que requiera la concreta necesidad que se pretende regular (pp. 84-85).

Según estas premisas, López Blanco asimila como principios únicamente los de eventualidad, conocimiento del proceso o publicidad, igualdad, economía procesal y lealtad, amén de otros que toma en ocasiones independientemente o como desarrollo de los mencionados, como los de contradicción, celeridad e imparcialidad del juez. Explica, asimismo, lo siguiente: “Solo mencionar la posibilidad de que un proceso consagre el ‘principio’ de deslealtad, o el de parcialidad del juez o el de dilación de los procesos o la inexistencia de la cosa juzgada, repugna, con lo cual se evidencia lo exclusivo y restrictivo de los verdaderos principios, una de cuyas notas salientes, se reitera, es no admitir contrarios” (p. 85).

Las reglas técnicas, por el contrario, no son absolutas, ni permanentes, ni inmodificables. De ello se desprende que el Estado debe ejercer sobre ellas el concepto que hemos querido introducir y es base de nuestra propuesta: gerencia. Debe administrarlas según la conveniencia y las necesidades coyunturales y de ello se desprende, asimismo, el concepto de gerencia mirado de forma independiente, de administración propiamente dicha aplicado no solo a las reglas técnicas sino a toda la administración de justicia. Así, desde el punto de vista de estos dos aspectos, la administración debe ser incluida dentro de nuestro código no solo en el sentido de gerenciar las normas que mencionamos como reglas técnicas, sino también todos los asuntos prácticos de la administración de justicia.

Un verdadero principio atado a la celeridad y a la economía procesal, que debe obligar tanto a administrar las reglas técnicas como a establecer objetivos, directrices y planes para la administración de justicia, es el principio de administración o gerencia. Las reglas técnicas se analizan: “[...] en el campo práctico,

esfera donde opera por excelencia el derecho procesal...” (p. 86), pues como dice el mismo autor en el tomo II de la misma obra, dentro del acápite dedicado al arbitramento internacional,

[...] la razón de los procedimientos es regular realidades [...] esos “principios técnicos del procedimiento” o si se quiere, reglas técnicas, al ser desarrollados muestran que existen unos que sirven y otros que no en una determinada época o respecto de una comunidad, pues solo se les puede evaluar con un sentido eminentemente pragmático, de ahí lo importante de conocerlas debidamente para, estimando que ellas pueden ser disimiles, escoger la que en el momento histórico sea útil [...], de ahí que sea nota esencial de ellas la relatividad, no solo en el espacio sino también en el tiempo.

Naturalmente, el hecho de que existan reglas técnicas contrarias, ejemplo oralidad y escritura, mediación o inmediatez, no significa que ellas sean excluyentes, es decir que se deba adoptar una u otra como guía exclusiva del sistema procesal respectivo; en absoluto, puede redactarse normas que obedezcan a una u otra, solo que puede darse mayor preponderancia a una de ellas (pp. 86-87).

En conclusión, para este autor las reglas técnicas serían:

- Regla dispositiva.
- Regla inquisitiva.
- Regla de la inmediatez.
- Regla de la mediación.
- Regla de la escritura.
- Regla de la oralidad.
- Regla de la única instancia.
- Regla de la doble instancia.
- Regla de la conciliación.

De esta manera, resumimos lo que consideramos como cierto y se debe tomar por principios del derecho procesal y resaltamos la necesidad de distinguirlos de las reglas técnicas.

Sin embargo, con ello no se quiere decir que el concepto mencionado deba ser para nosotros un corsé que nos ate sin remedio. Quiero decir, por necesidades históricas, por testarudez o por concepciones arraigadas del colectivo, algunas

reglas técnicas pueden ser ubicadas como principios o, por el contrario, algunos principios ser olvidados⁴⁰ o relegados, sin que por ello el concepto que se propone como guía o inspiración deba ser desdeñado o puesto en duda.

En otras palabras, lo que este concepto debe significar para nosotros son los distintos grados en los que se debe ubicar el compromiso del código con una norma. Habrá algunas que técnicamente (o antitécnicamente) serán principios constitucionales que la doctrina clasifica como reglas técnicas (pero que han sido incluidas en la Carta) que deberán ser tenidas a semejanza de principios sobre los cuales el código no podrá hacer mayores concesiones (precisamente por respetar la realidad en la que se inscribe). O por el contrario, habrá principios sobre los cuales no se hará ninguna mención, se les ignorará o se les tendrá como reglas técnicas, mostrando con ello un menor compromiso del código hacia ellos; sin embargo, no por ello lo explicado pierde vigencia.

Creo que este concepto debe ser para nosotros una guía que nos indique que hay normas que en nuestro contexto o en el contexto que se quiera regular, son piedras fundantes del mundo humano que se dice en la palabra y deben tener mayor estabilidad. Sin embargo, dichas normas deben ser excepcionales y habrá otras sobre las cuales podamos ejercer un mayor control. Lo importante es que al momento de escogerlas lo hagamos según el criterio gerencial, de manejo (o administrativo) de la administración de justicia.

Para concluir, excepcionalmente las normas deben ser principios, ora porque verdaderamente lo son, ora porque así se deben tomar según la realidad en la que se inscriban. El resto de reglas fundantes o principales –las reglas técnicas– deben ser desarrolladas dentro del código pero sobre la base de que son maleables, móviles y sobre ellas se debe desempeñar constante gerencia.

Este concepto es reflejo de la practicidad, de la necesidad de conocer las realidades para regularlas, pero sobre todo –antecedente si se quiere– de una nueva realidad: la necesidad de ver la justicia como una empresa con objetivos y necesidades que se debe administrar y planificar. En fin, es el antecedente del nuevo principio informador de la estructura, a saber, la elaboración y ulterior desarrollo del un código de procedimiento judicial como principio de gerencia o de administración de justicia.

40. Muchos han sido olvidados (lo que expondremos después) no solo por los actuales códigos de procedimiento, sino por propuestas como el código general del proceso.

CAPÍTULO V

Administración, gerencia de la justicia. Principio

Como ya lo adelantamos en el anterior capítulo, el concepto que ha inspirado este trabajo ha sido el intento de la doctrina para diferenciar los principios de las reglas técnicas y gracias a ese esfuerzo es posible proponer dos ideas que deben acompañar un código de procedimiento judicial: la gerencia de normas para buscar su practicidad y el concepto en general de gerencia o administración de la justicia.

Estas ideas surgen, primero, del talante eminentemente práctico del autor de cuyas lecturas conocí el concepto; segundo, de pensar y tener claro que la razón de los procedimientos es regular realidades y tercero, de la claridad que obtuve de los conceptos, gracias a lo cual comprendí la característica principal o esencial de las reglas técnicas que nos somete a la hora de pensarlas, estudiarlas y escogerlas para un territorio: la practicidad (eficiencia). Nos dispondremos, pues, a explicar nuestra tesis.

Dentro de lo que se ha llamado administración de justicia, esta no solo debe remitir a una de sus clásicas acepciones, a saber, suministro o acceso, ni identificarse con una institución (la rama judicial), sino también rescatar su significado como actividad. La administración no debe significar suministro o acceso a secas, a pesar de que ello constituye su fin por excelencia, ni la mera la representación mental de un cuerpo u órgano —representación necesaria pero estática de la idea—; debe igualmente, denotar dinámica, actividad, funcionalidad, desarrollo paulatino, cambio, practicidad, coordinación, efectividad, eficiencia y por supuesto, eficacia, economía y celeridad.

De las múltiples definiciones de administrar que da la Real Academia Española⁴¹ se pueden sintetizar dos: suministrar y gerenciar.

Estas son las significaciones que quiere rescatar este trabajo; la última –proponemos– debe ser la base desde la cual se elabore y diseñe la estructura de un código de procedimiento judicial. Sin embargo, para desarrollar la idea y con la intención de ser más técnicos con el lenguaje y las materias, intentaremos una definición sencilla de administración, destacando en ella lo que nos parece interesante y sobre todo pertinente al argumento que tratamos:

Administrar:

Consiste en lograr objetivos predeterminados mediante el esfuerzo ajeno (George Terry).

Es un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular en forma eficiente las operaciones de una organización para el logro de objetivos preestablecidos (Le Breach).

Consiste en prever, organizar, mandar coordinar y controlar (Henry Fayol).

Es la técnica por medio de la cual se determinan, clarifican y se realizan los propósitos y objetivos del grupo humano (Peterson Plowman).

Es el arte o la técnica por medio de la cual se dirige e inspira a los demás, en base a un profundo y claro conocimiento de la naturaleza humana (Kontz O'Donnell).

De acuerdo con Reyes Ponce (2004), la administración en muchos de sus desarrollos históricos se preocupa de múltiples complejidades que aquejan a la justicia. Veamos:

41. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=administraci%F3n (24 de diciembre de 2010): “Administrar (del latín *administrare*):

1. tr. Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan.
2. tr. Dirigir una institución.
3. tr. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.
4. tr. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad.
5. tr. Suministrar, proporcionar o distribuir algo.
6. tr. Conferir o dar un sacramento.
7. tr. Aplicar, dar o hacer tomar un medicamento. U. t. c. prnl.
8. tr. Graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto. U. t. c. prnl.”

- El objeto de estudio de la administración son las organizaciones, razón por la cual les es aplicable tanto a las empresas privadas como a esta gran empresa en la que estamos empeñados: administrar justicia. La administración, de acuerdo con su perfil eminentemente humano y práctico, se vale de diferentes disciplinas para desarrollar sus objetivos: la economía, la contabilidad, la psicología, la política, las matemáticas, la estadística, la historia, la geografía, la filosofía y –destaco– la antropología.
- La administración brinda atención al factor humano; es decir, tanto a quienes acceden como a quienes administran. Esto es importante debido a que las conductas, las actitudes y las realidades personales influyen la actividad de administrar justicia. Ejemplo fehaciente de ello es la actitud de algunos secretarios de despacho, detentadores del poder dentro de esa organización llamada juzgado y quienes accedemos a la administración debemos tener la delicadeza y la agudeza suficientes para reconocer esta realidad y actuar en consecuencia. Por otro lado, están las actitudes de las personas que se acercan en busca de justicia. Los abogados debemos ser sensibles a sus necesidades y lidiar a veces con las absurdas esperanzas que las personas, por sus penurias internas, depositan en un proceso que naturalmente ven como su salvación.
- La administración se preocupa, además, por el bienestar de las personas que se involucran en los procesos. Tiene en cuenta su ser social inscrito en una colectividad como forma de aumentar la productividad; presta atención a las diversas calidades y expresiones del individuo como ente social y económico; se interesa por su ego y planifica una actuación de acuerdo con ello (algo muy importante en las audiencias de conciliación). Este debe ser un enfoque esencial en nuestra materia y es algo de lo que se ocupa la administración.

Las características de la administración por otro lado, desarrollan temáticas inherentes a la administración de justicia (Gómez Castañeda, 2011):

- *Universalidad*: La administración se enfoca en todos los ámbitos en los que actúa un ente social. La administración de justicia y el mismo Estado que la suministra, involucran hechos o entes sociales que en esencia son hechos humanos y en consecuencia universales, razón por la cual comparten características con las demás organizaciones y por tanto se pueden estudiar y aplicar sus principios generales.
- *Unidad jerárquica*: Para la administración un hecho fundamental es el establecimiento natural de las organizaciones como entes jerárquicos, realidad

que se debe reconocer y comprender en ella a superiores y dependientes dentro de los objetivos de la organización. Un concepto fundamental de la administración de justicia es su organización jerárquica.

- *Valor instrumental*: La administración es un medio de las organizaciones sociales para alcanzar sus objetivos. Esta característica en un sentido ontológico es el mismo derecho procesal, un instrumento del derecho sustancial (lo que lo asemeja enormemente a la administración) que procura la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.
- *Interdisciplinariedad*: La administración hace uso de múltiples herramientas que le ofrecen otras ciencias y técnicas. Como varias veces hemos recordado, la administración de justicia es un hecho humano y como tal es un hecho complejo. De esta manera, es indispensable que se apoye en otras ciencias y técnicas para darle el tratamiento que necesita como hecho humano de trascendental importancia.
- *Flexibilidad*: Las herramientas de la administración se deben adaptar a las necesidades de la organización a la que se quieren articular de manera eficiente y deben reaccionar frente a las diferentes contingencias que ofrece el devenir histórico. Una de las principales ventajas de distinguir entre principios y reglas técnicas es la flexibilización y capacidad de manejo de ciertas reglas no esenciales y el respeto por los principios fundantes a la hora de hacer cambios legislativos y adaptaciones más simples. Al regular realidades, el derecho procesal se debe adaptar a las diferentes necesidades según el espacio y el tiempo en el que rija para cumplir con este objetivo de manera más eficiente a lo largo de su vigencia.

La administración se enfrenta, en últimas, a la incertidumbre a través de sus postulados básicos. Frente a ella opone sus métodos, los cuales están resumidos en sus principios (Fayol, 1971; Hellriegel *et al.*, 2002); Stoner *et al.*, 1996); Terry *et al.*, 1988):

- *Planificación*: La administración comienza, como es lógico, con establecer los objetivos de la organización según las fortalezas y debilidades de su estructura y las oportunidades y amenazas de su contexto. Los objetivos de la administración de justicia son claros y están diseminados por todo el ordenamiento, incluida la Constitución, pero –y principalmente– están determinados por necesidades biológicas, antropológicas, grupales, adaptativas y de convivencia. La administración, el suministro de justicia, su rapidez

y eficiencia son vitales para las necesidades del animal humano y esos son sus principales objetivos (Fayol, 1971; Stoner *et al.*, 1996).

- *Organización*: Responde básicamente a las preguntas cómo y cuándo se llevarán a cabo las tareas necesarias para ese objetivo y quién lo hará. Son preguntas esenciales dentro de toda organización incluida la administración de justicia y se debe responder a ellas antes de la redacción del código.

Por otra parte, quién y cómo administrará, suministrará y coordinará la justicia son igualmente preguntas esenciales para definir si habrá o no segunda instancia (el *cómo*) e indicar el *quién*, pues como lo pregonaba Devis Echandía (1972), se debería tender a una única instancia administrada por los tribunales.⁴² Además, el *quién* debe ser respondido a partir de la capacitación como tema clave de la organización de la administración de justicia.

- *Dirigir*: Es la seducción, la influencia y el liderazgo necesarios en toda organización humana (que por esencia es grupal) para la consecución de los fines propuestos (Fayol, 1971; Stoner *et al.*, 1996).

La importancia de la estructura interna del grupo es evidente si nos fijamos en la extensa gama de relaciones interindividuales que en todos los idiomas poseen una palabra específica y si observamos la existencia casi invariable de formas especiales de lenguaje apropiadas para designar relaciones del tipo superioridad-inferioridad (Macfarlane Burnet, 1973. p. 79).

En la Iglesia –y habrá de sernos muy ventajoso tomar como muestra la Iglesia católica– y en el Ejército, reina, cualesquiera que sean sus diferencias en otros aspectos, una misma ilusión: la ilusión de la presencia visible o invisible de un jefe (Cristo, en la Iglesia católica, y el general en jefe en el ejército), que ama con igual amor a todos los miembros de la colectividad. De esta ilusión depende todo, y su desvanecimiento traería consigo la disgregación de la Iglesia o del Ejército en la medida en que la coerción exterior lo permitiese (Freud, 1924. p 40).

La administración de justicia como hecho humano es grupal. Es una organización y en su médula –como lo reconoce la doctrina procesal– es una entidad organizada de forma jerárquica. Es decir, las formas de liderazgo y las jerarquías son esencia y necesidad de toda agrupación u organización y aparecen naturalmente en toda pluralidad de individuos.

Ahora bien, en la morfología de las masas, habría aún mucho que investigar y describir. Habría que comenzar por establecer que una simple reunión de hombres

42. Lo que puede significar celeridad y también acierto en la decisión, si se calculan las demás variables, pues es un órgano colegiado con un nivel de capacitación alto en teoría.

no constituye una masa mientras no se den en ella los lazos antes mencionados, si bien tendríamos que confesar, al mismo tiempo, que en toda reunión de hombres surge muy fácilmente la tendencia a la formación de una masa psicológica (ibídem, p. 47).

Hemos partido del hecho fundamental de que el individuo integrado en una masa, experimenta, bajo la influencia de la misma, una modificación, a veces muy profunda, de su actividad anímica. Su afectividad queda extraordinariamente intensificada y, en cambio, notablemente limitada su actividad intelectual (ibídem, p. 31).

- **Controlar:** Es la evaluación de lo hecho comparándolo con el principio, los planes y los objetivos trazados y de ser necesario, según la evaluación se tomarán medidas correctivas de acuerdo con la flexibilidad, característica que tanto hemos elogiado de la administración (Fayol, 1971; Stoner *et al.*, 1996).

Esa es una presentación sucinta de lo que es administración y sus relaciones con nuestra temática. De esta manera, lo que plantea la administración para nuestro problema de justicia es una disyuntiva: vivir con la incertidumbre y asumir sus riesgos; o por otro lado, aplicando las técnicas conocidas por ella vivir y administrar los recursos (humanos, materiales, financieros, tecnológicos, de conocimiento) previniendo así las contingencias y aplicando los principios de eficacia, economía y celeridad para lograr la convivencia⁴³ social, fin último del derecho.⁴⁴

Este principio –como el mismo derecho procesal– enuncia cómo se van a desarrollar los principios que consagre un código. Es un instrumento que debe tenerse en cuenta a partir de su redacción; de lo contrario, se cae en los errores históricos tradicionales y nuevamente estaremos legislando sin considerar las realidades.

De esta manera, los conceptos de gerencia y administración (como principios) tienen consecuencias lógicas. El concepto de principios y reglas técnicas, su diferenciación y el conocimiento de su contenido, llevan a pensar que, primero, se debería seleccionar adecuadamente cada una para no darles inmovilidad a normas que no la requieren, respetar la trascendencia de las que sí lo precisen y otorgarle mayor libertad y margen a quien administre respecto de normas

43. Me gusta usar más la palabra “supervivencia”, fin adaptativo logrado por las ideologías mediante la eficiente articulación de los grupos.

44. En mi sentir, la administración destaca muchas de las características que encuentro como principales del ser humano; por ejemplo, su forma grupal de existir, la organización de esas estructuras, la inescindible forma jerárquica de las agrupaciones, etcétera.

que así lo demanden. Segundo, consecuentemente con ello se deben identificar las reglas técnicas que regirán el código eligiéndolas según los postulados enunciados en este capítulo, separándolas y exigiendo que sobre ellas se ejerza administración o gerencia.

Por último, un desarrollo inevitable de todo lo expuesto estriba en que el concepto de administración no solo debe limitarse a elegir y gerenciar las reglas técnicas, sino que además debe ser un *principio* general aplicable a todos los ámbitos de la administración de justicia. Que dentro del código tenga lineamientos generales y obligatorios que involucren a todos los que intervienen en sus procesos y que, en últimas, logre el principal objetivo de esta organización, a saber, la administración y el suministro pronto y eficiente de la justicia.

CAPÍTULO VI

Explicaciones al contenido propuesto para un código de procedimiento judicial

Este trabajo no es una propuesta de código con su respectivo articulado, ya que al respecto hay proyectos bastante serios que ya son ley, como el Código General del Proceso; además, ello no es conveniente en un trabajo como este. Su pretensión es más humilde aunque de capital importancia, puesto que se trata de una propuesta metodológica. Por otro lado, atar este trabajo a un articulado concreto con principios o reglas técnicas concretas y normas de todo tipo, es precisamente lo que se quiere evitar y la mentalidad que se quiere combatir.

Se pretende exponer una metodología aplicable a todos los códigos, tiempos y latitudes, abandonar la actitud estática que a veces sufre el derecho procesal con sus normas temporales y variables y proponer en algunos apartes cuestiones más concretas. En fin, se procura básicamente que a la hora de confeccionar un código sus autores recuerden algo que solemos olvidar en nuestras actividades y que parece muy evidente *a priori*: empezar por el principio.

Una toma de posición firme desde el principio al respecto de tres aspectos que serán el tema por debatir de aquí en adelante, es el fundamento de una buena estructura general y del cumplimiento cabal de los objetivos que persigue la administración de justicia. En cuanto a un articulado específico, este debe ser el producto de una definición conceptual lograda a partir de los tres puntos mencionados, articulado que, por supuesto, no compete a una obra como esta que aspira ser general y sucinta.

Principios

Como ya he dicho, muchas obras humanas y en especial el derecho adolecen del mismo mal debido a las limitaciones que se tienen a la hora de asir las realidades de lo existente. El derecho es una protuberante muestra de lo que decimos acerca de su problema fundamental: la justicia. Su definición y su origen han sido eludidos multitud de veces sin darles explicación satisfactoria (por la dificultad del concepto, creo yo) y ello no es entendible. Creo que la clase más importante de todas es la primera, donde esos pequeños trozos de historia, de origen, de savia antigua son fundamentales para la comprensión posterior de cualquier tema.

Esta fue la razón por la cual mi transitar por el pregrado fue algo incómodo. Un libro de Hernán Fabio López Blanco —el tomo I de su monumental obra— fue un reto enorme para mí, pues a cada paso de hoja exigía ese ignorado origen “de todas las cosas buenas”, pregunta que nunca fue respondida por el derecho ni lo ha sido hasta ahora. Esta situación me hacía interrogarme por la validez de mi esfuerzo al intentar aprehender las palabras del sabio maestro que leía con desazón.

Fue así como desde mi cuarto año inicié un camino que culminó en mi tesis de grado para optar por el título de abogado. Este trabajo —que hoy llamo, parafraseando a Nietzsche, *lo que hay de ideología y adaptación, de sangre y horror, detrás de todas las cosas buenas o dinámicas de lo viviente*— me gusta pensarlo como un ejercicio de biología y antropología que a la vez pretendió ser un estudio necesario (pero siempre ignorado) de introducción al derecho para así empezar por el principio.

Análogamente, encuentro que en el derecho procesal y en sus códigos sucede algo similar. Al revisar el articulado introductorio de nuestro Código de Procedimiento Civil y también del Código General del Proceso, he extrañado menciones que me parecen pertinentes. Como todos sabemos, las leyes no solo son un frío vademécum de normas, sino que tienen la pretensión de ser un tótem, una piedra publicitaria que sirva de guía pedagógica a los ciudadanos. Ese, por ejemplo, es el origen de la publicación hecha por el Ejecutivo de las normas que sanciona.

Y no es que exijamos que un código deba ser exhaustivo en explicaciones (para eso están los tratadistas y la doctrina), pero tampoco se puede llegar al otro extremo. Creo que varias son las razones por las cuales se debe mejorar y ser más

exhaustivos a la hora de establecer los principios de un código. Por ello, veamos algunos de los contenidos que extraño en los textos mencionados.

Durante mi curso de Fundamentos Constitucionales de Derecho Procesal, mi profesor Alfredo Beltrán Sierra me hizo comprender la importancia de ciertos principios dentro del Código de Procedimiento Civil. Empezó por explicarnos el concepto de *debido proceso* tras haber leído un par de sentencias al respecto y al lado de cada norma nos señalaba el influjo que el debido proceso había tenido en su redacción.

De esta manera, una norma como el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil que alude al contenido de una demanda, fue recorrida en su totalidad y se evidenció cómo el debido proceso está presente en toda su extensión e ilumina cada palabra de su contenido. La identificación de las partes, de sus representantes, de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones, envuelve principios tan caros como el derecho de defensa, la publicidad y la contradicción. Este artículo por tanto se llenó de contenido, dejó de ser un mero procesalismo intransigente y fue sustentado en debida forma como, análogamente, los principios de un código deben sustentar las normas que contiene. Y no se puede argumentar que como esos principios están desarrollados en la Constitución o en la teoría del derecho, ello basta para no ser tenidos en cuenta.

Su inclusión en un código es absolutamente necesaria. Todos los principios y normas son hechos humanos temporales y es impensable afirmar que porque existen principios y valores alrededor del código estos se entienden incluidos. Las constituciones y las teorías (sus interpretaciones) cambian con el tiempo. La inclusión de principios en un código demanda tomas de posición que sustenten todo su contenido. Si se abandona a la volubilidad de los cambios del derecho, el sustento del código se deja sin un asidero claro que lo fundamente.

Y no se puede aseverar tampoco que por ser esos principios temporales y variables no deben estar incluidos. De ser así, la tan mentada oralidad tampoco debería aparecer como principio o norma fundamental. En estos aspectos, un código debe ser una clara toma de posición y una declaración a la sociedad acerca de sus intenciones.

Una toma de posición es una muestra de claridad y sus beneficios para los valores democráticos son incuestionables. Con ello se muestra el grado de compromiso con principios específicos y constituye una labor pedagógica social que no se puede desconocer. No se entiende cómo no se incluye el debido proceso de manera clara en una codificación procesal. Es una omisión injustificable a pesar de que nadie lo entendería no incluido por ser un concepto no mencionado, pues a pesar de que el principio en cuestión tiene de hecho un desarrollo teórico,

las sentencias de la Corte Constitucional evidencian el esfuerzo que se debe hacer para determinarlo.

Su inclusión expresa es una bandera; una muestra de claridad, de dominio de las materias pertinentes; una declaración que no puede dejar de hacerse como si se tuviera duda al respecto.

Una vez relacionado el problema con la propuesta que planteo, el código debe hacer una declaración expresa de sus principios para que haya claridad al respecto y sobre todo, para diferenciarlos de lo que el mismo código tomará como reglas técnicas.

Esta diferenciación es fundamental para ejercer lo que hemos llamado gerencia sobre normas que tienen un carácter distinto a las anteriores (los principios); es decir, para ejercer administración o gerencia sobre las reglas técnicas que tienen un carácter de practicidad, de economía, de movilidad y de organización. En fin, logísticas.

Ese es el carácter –su carácter logístico– que diferencia claramente a las reglas técnicas de cualquier otra norma. Por ello, deben ser tratadas en consecuencia, con un criterio práctico, actual, planificado y móvil. De allí la importancia de su diferenciación con los principios y su determinación de manera concreta.

La elección de los principios es una selección necesaria para ser claros con la comunidad, con el código mismo y con los objetivos propuestos (como lo exige la administración). Pero, además, es ineludible para diferenciarlos de las reglas técnicas, otra categoría de normas que deben ser tratadas de manera diferente. Ante los principios, en el espíritu del legislador y de los jueces deben primar el respeto y la reverencia. Ante las reglas técnicas deben prevalecer la vanguardia, la valentía, el entusiasmo y los conceptos ya mencionados de la administración para lograr los objetivos de la organización.

La selección de los principios es una toma de partido, una declaración de criterios que el mismo código considera como fundamentales y de su esencia. Por tal razón, cuando explicábamos las diferencias entre los principios y las reglas técnicas, a pesar de que sus conceptos son claros ello no es óbice para que un determinado código tome como principio alguna regla técnica, pues puede suceder que para ese código sea tan esencial la regla técnica que no pueda ser ignorada o modificada de manera ligera. Todo ello es factible y explicable (aunque debe ser una absoluta excepción); sin embargo, lo que no se puede obviar es esa misma declaración de selección, tanto para las normas como para el legislador, los jueces y los asociados.

Por último, es necesaria y útil la enunciación clara y expresa de los principios fundamentales, constitucionales, legales, teóricos y administrativos que un código enarbola, debido a que no se puede subestimar ni la función pedagógica de una norma, ni la claridad que debe tener. En el derecho se dan interpretaciones y énfasis que una declaración de un código no puede subestimar al asumir que pueden estar incluidos de manera tácita en los preceptos, sin ir en contra de la necesaria nitidez que sobre la cuestión debe tener y la cual redundará a favor de todos los valores democráticos esenciales en un Estado de derecho.

Muchos autores conceptúan que en un código debe haber un acuerdo sobre lo fundamental para actuar con reverencia ante su presencia. Se debe establecer una pequeña constitución, una guía para los intérpretes y más aún para los administradores de justicia –entre los cuales incluimos al legislador– a fin de que tengan claro frente a qué clase de normas se está y así tratarlas de la manera que merece su esencia. De esta manera, cuestiones como el debido proceso (ese pequeño gran Sol) o principios democráticos fundantes del Estado de derecho liberal como la legalidad o principios legales y teóricos del derecho procesal y por supuesto los administrativos, deben ser relacionados y caracterizados como tales. A partir de allí se debe identificar el cómo se desarrollarán dichos principios, asunto sobre lo que debe recaer la administración de justicia después de haber identificado estos objetivos.

Reglas técnicas

Como segunda medida, los redactores de un código y el código mismo deben tomar una postura en cuanto a las reglas de logística a través de las cuales desarrollará sus objetivos que están inmersos en sus principios y se resumen en administrar o suministrar justicia. En este cuerpo normativo se debe incluir la manera como se administrará justicia, asunto eminentemente circunstancial e histórico. Esa es, en últimas, la gran ventaja que trae para nosotros la diferenciación propuesta. Al identificar claramente este tipo de normas, se puede responder en debida forma a esas características y principalmente a su temporalidad, ya que al ser reconocidas y separadas se las puede dotar de flexibilidad. Veamos:

Las reglas técnicas simplemente deben responder a un cómo a fin de desarrollar los principios antes enunciados, pero principalmente, para desarrollar lo que hemos denominado administración de justicia. Es por esta razón que las reglas técnicas son un método que nos indica que están más emparentadas con reglas de administración o gerencia que con principios jurídicos y proponemos que así sean tratadas. Constituyen principalmente logística, por tanto frente a ellas se

debe tener una actitud diferente; por ejemplo, no es necesario ser absolutamente fiel a ninguna. Es posible combinarlas, como vemos combinadas la oralidad y la escritura o las reglas dispositivas e inquisitivas; en el mismo sentido, no es necesario la absoluta fidelidad al concepto (la definición de cualquier regla técnica) durante toda la vida de un código. La escogencia debe responder, en los sentidos temporal y espacial, más a un criterio práctico que a apegos ideológicos.

De ello se desprende la gran importancia de identificarlas no solo conceptualmente sino dentro del código. Es fundamental para darles las características que hemos mencionado y ejercer sobre ellas y sobre la administración de justicia una gerencia efectiva.

Proponer las reglas técnicas como herramientas de gerencia y gestión

A través de este trabajo me propongo denunciar la verdadera naturaleza de las reglas técnicas como una proposición eminentemente práctica. Son herramientas logísticas para lograr el fin tan deseado de administrar justicia de manera eficiente.

En la aplicación práctica del derecho se ven involucrados y puestos en tela de juicio muchos conceptos fundantes de nuestro mundo —lo que somos humanamente—: la democracia, el Estado de derecho, la juridicidad, la norma jurídica o las obligaciones. De esta manera, dada la necesidad imperiosa que tenemos de que el derecho sea algo tangible y aplicado efectivamente, sobre la administración de justicia se debe tener una mirada práctica con fines de efectividad. El mismo concepto de administración de justicia como rama del poder público, es un concepto predominantemente práctico: el pueblo soberano le entrega al Estado el decidir y suministrar justicia a través de una rama del poder, puesto que no sería funcional que toda la asamblea se reuniera para decidir cada caso judicial (aunque podría hacerlo, pues ese poder radica originalmente en sus potestades).

Este mismo sustrato práctico del derecho procesal originó la denuncia de la doctrina mexicana de los principios y reglas técnicas como sustentos originales y diferenciados de la administración de justicia. Por ello, es importante en primer lugar, diferenciar las reglas técnicas de los principios para actuar al respecto según su naturaleza. Y en segundo lugar, después de diferenciadas se debe actuar en consecuencia y tener por parte del legislador y de los involucrados una actitud diferente de la que se tendría respecto de los principios, pero sobre todo, consecuente con la naturaleza denunciada. Así, recopilando las

diversas actitudes propuestas se debe actuar de la manera como resumimos en los siguientes apartados.

De manera práctica, con conciencia sociológica y conocimiento del terreno para escoger dentro de las reglas técnicas las que mejor se adapten a los objetivos buscados en circunstancias concretas. Se debe actuar con pragmatismo, evaluando la situación y haciendo uso racional de los recursos, lo cual requiere planeación. Se debe ser técnico, perito, práctico, gerente, móvil, evaluador (tanto en el presente como en el futuro), sensible y corrector. Se debe actuar de manera interventora por parte del Estado, móvil, gerencial y administradora.

Todas estas actitudes se logran a través de una buena diferenciación en un código entre principios y reglas técnicas y actuar en consecuencia frente a ellas, ejerciendo administración o gerencia para lograr un suministro efectivo de justicia. Son ellas medios técnicos; una proposición práctica; un cómo; una herramienta logística y es así como deben ser tratadas para lograr los objetivos señalados.

En mérito de lo anterior, proponemos las reglas técnicas como herramientas de gerencia y gestión sobre las cuales hay que ejercer administración. Con ello se busca desterrar el hecho de tomarlas como leyes naturales y considerarlas como herramientas logísticas que deben ser gerenciadas de manera óptima para una eficiente administración de justicia.

Proponer que las reglas técnicas sean escogidas con criterios administrativos y sobre ellas se ejerza constante gobierno

En virtud de su temporalidad y circunstancialidad, de su carácter logístico y de ser meros métodos; en virtud de su esencia como es la de servir de instrumento (de un instrumento: el derecho procesal); por no ser principios; por ser circunstanciales; por su responsabilidad de responder a las particulares contingencias históricas y no ser inmutables, las reglas técnicas se deben escoger con criterios que en un territorio y momento específicos respondan a la necesidad de contar con una pronta y eficaz administración de justicia. Ese es su principal objetivo.

En consecuencia, las reglas técnicas se deben ver por todos los involucrados, y en especial por el legislador como lo que son: instrumentos logísticos sobre los cuales se puede ejercer gestión (por supuesto, gestión facilitada por su identificación conceptual y su práctica dentro del código). De esta suerte, no solo debe tenerse en cuenta este aspecto a la hora de redactar el código, sino también cuando deba intervenir —como necesariamente sucederá— ajustando

su normatividad. Sin embargo, en lo tocante al derecho procesal la estabilidad es lo más deseable; por ello, habrá cosas sobre las cuales solo el poder legislativo tendría potestad, pero también es conveniente que el legislador desde un primer momento identifique las reglas técnicas que definen un código y reserve para sí la potestad de variarlas. Para lo demás (para lo que cada vez que descubrimos el concepto se revelan como normas de estricta administración, aunque hayan sido tradicionalmente conocidas como principios y acerca de ellas se tenga una actitud estacionaria) debe el legislador asignar su gestión a entes más ágiles para lograr mejores resultados.

De esta manera, dada su especial naturaleza sobre las reglas técnicas más que sobre los principios se debe ejercer gestión o gerencia y administración. Su definición como normas prácticas y de logística así lo exige, no sin antes hacer reservas para el legislador de normas que puedan ser demasiado sensibles para un código en particular y por su parte, se debe dejar a otros órganos más operativos la gestión de la mayoría de esas reglas técnicas, ya que estos las pueden gestionar mejor que el mismo legislador.

En fin, se deben establecer principios legislativos para la gestión enunciada que sirvan de guía para una gestión oportuna de las reglas técnicas, no solo antes de la vigencia de un código sino también durante ella.

Proponer en un código la identificación de las reglas técnicas para su oportuna y eficaz gestión y de la administración de justicia

Es vital para lo que proponemos una cabal identificación de las reglas técnicas. Primero, porque gracias a ello podremos diferenciarlas de los principios, lo cual no solo trae claridad y facilita su manipulación, sino que también se envía un mensaje acerca de los compromisos de un código con determinadas normas. De otro lado, al identificar las reglas técnicas el legislador estaría dispuesto desde el principio a modificar y gestionar determinados aspectos de un código, que por el peso de la realidad se muestren inconvenientes. Igualmente, se deja claro cuál es la identidad de un código establecida en sus principios, lo que abre la posibilidad, en consecuencia, de que sobre las reglas técnicas se pueda ejercer gerencia y modificaciones.

De esta manera, sin que nadie se rasgue las vestiduras y sin una resistencia desmedida por parte de los usuarios de la justicia (principalmente abogados), se pueden establecer modificaciones y ejercer gerencia, pues desde un principio se estableció la identidad de un código esencialmente en sus principios, los cuales

serían mayormente intangibles; lo demás resultaría maleable o móvil, como todo artefacto de logística debe serlo. Por último, para extraer de esas mismas reglas técnicas aquellos aspectos que se pueden asignar a un órgano ejecutivo (sin que tenga que pertenecer a esa rama), vale la pena seleccionar tanto las reglas técnicas objeto de reserva legislativa como las que van a ser gestionadas por dicho órgano. Por lo tanto, la negociabilidad o flexibilidad de algunas de sus normas y la inflexibilidad de otras se establecerían desde el principio en un código, lo que facilitará la administración o gerencia de la justicia.

Las reglas técnicas deben ser tratadas con un sentido gerencial, administrativo y responder a preguntas como qué tenemos, en dónde estamos, cómo estamos, cuáles son nuestros objetivos y nuestros recursos. En fin, están profundamente emparentadas con las reglas de la administración y por lo mismo deben contar con un análisis de los recursos humanos, materiales, financieros, tecnológicos y de conocimiento y ser desarrolladas en consecuencia, ya que dadas sus especiales características deben ser tratadas de manera diferenciada.

Normas de gerencia o administración

Por último, debe establecerse una toma de posición sobre los conceptos de administración y cómo serán desarrollados. De este punto se desprende que el concepto de administración es fundamental para el desarrollo del ejercicio de la administración de justicia y básico en un código de esa clase, aunque ese hecho haya sido ignorado.

El código debe descender un poco más y ocuparse de asuntos mundanos así sea solo a título de enunciación, pues la practicidad puede requerirlo. No obstante, desde el punto de vista de la administración es importante que establezca claramente sus directivas, es decir, sus objetivos, que serán suministrar justicia de forma eficiente, pronta y de calidad. Debe organizar su operación y responder preguntas no solo respecto de aspectos vitales (como quién será juez o cuántas instancias habrá), sino en relación con asuntos prácticos, como el manejo administrativo de una unidad judicial (un despacho).

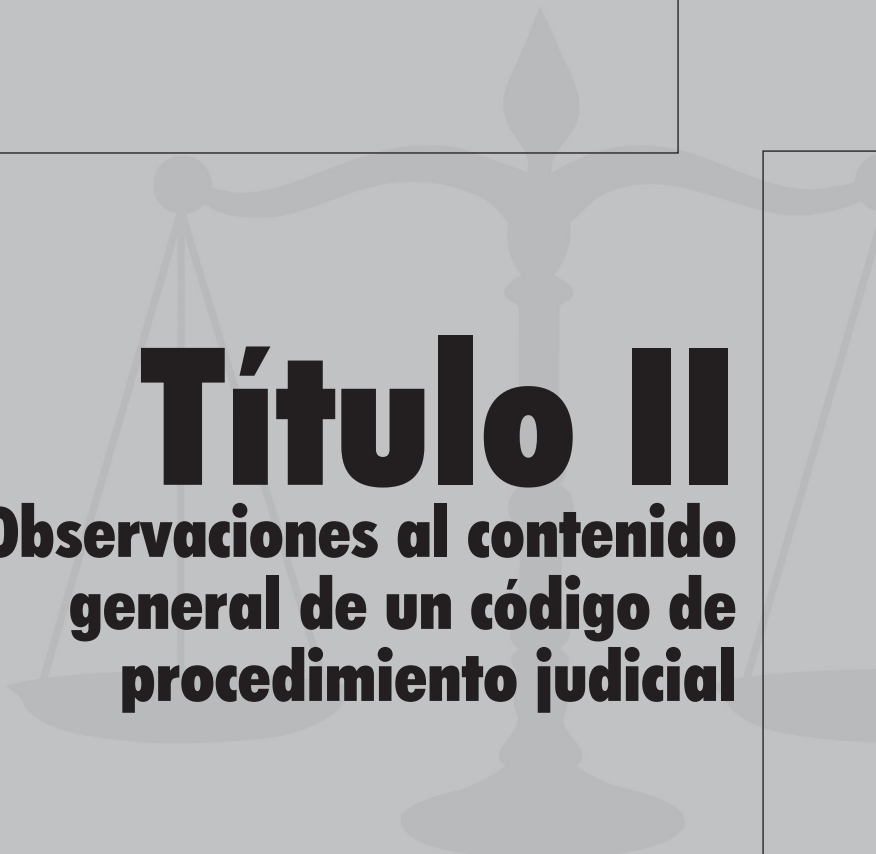
Debe preocuparse por la dirección de esta empresa mediante un liderazgo claro y eficiente no solo sobre lo macro, sino también sobre las pequeñas unidades de administración; ello es cardinal para el desarrollo de organizaciones a todo nivel. Por último, debe controlar el desempeño de esta planificación para verificar los resultados y ejercer gerencia, gestión o cambio cuando haya que hacerlo.

El código debe establecer las directivas o premisas administrativas que seguirá para desempeñarse eficientemente como organización y lograr sus objetivos. En conclusión, es conveniente que un código de procedimiento judicial tenga en cuenta esto no solo para desarrollar estrictamente las normas del derecho procesal como las reglas técnicas, sino para establecer deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades; es decir, estructuras necesarias para ejercer un adecuado control sobre la administración de justicia. Un código se debe ocupar en primer lugar, de gerenciar sus reglas técnicas; en segundo lugar, establecer sus normas generales de administración y en tercer lugar y como opción, constituir normas administrativas más particulares.

Como un ejemplo de esto último, incluso se puede descender un poco más y postular reglas concretas como los derechos, deberes y responsabilidades que en su papel de gerente de una unidad productora de justicia podría tener un juez o concebir reglas para que la organización administradora de justicia se adecue desde un principio a las normas y estándares de calidad exigidos y logre la certificación en procesos de calidad, ya que una regla básica de estas certificaciones apunta a que una organización debe estar enfocada y ser desarrollada según los estándares de calidad de la norma que quiera acoger desde un principio, para que al momento de solicitar el certificado la tarea sea menos dispendiosa.

Se constata así que la administración es un principio que debe planearse como tal y por tanto hay que establecer sus lineamientos en el código desde el comienzo. El suministro eficaz de justicia es esencial para ciertos conceptos básicos de una sociedad sin lo cual quedan en entredicho. Por ello, es claro que los principios de la administración que tienden a la eficiencia y a un acceso real a la justicia con una sentencia no pueden ser olvidados. Notamos que las normas de administración están propuestas para desarrollar los principios, en especial el de acceso a la administración de justicia, por lo que deben gozar de suma atención.

En conclusión, los principios son los lineamientos básicos, los compromisos fundamentales de un código de procedimiento judicial y de las reglas técnicas. Las reglas técnicas y las regulaciones administrativas particulares, a semejanza del mismo derecho procesal, son herramientas sobre las cuales se debe ser flexible, variante y planificador. Si se les presta la atención que merecen y se les da el tratamiento adecuado a su naturaleza, grande será el beneficio que traerá a esta empresa en la que todos debemos estar comprometidos.



Título II

Observaciones al contenido general de un código de procedimiento judicial

CAPÍTULO VII

Primer contenido esencial de un código de procedimiento judicial

Hay tres tipos de contenidos que deben estar incluidos dentro de un código de procedimiento judicial. En los capítulos que restan nos tomaremos la licencia de recomendar su contenido y aunque habíamos anunciado que al respecto no haríamos comentarios, no quisimos desperdiciar la oportunidad de hacerlo y dotar de un ejemplo sencillo a este texto, de lo que propusimos anteriormente. Sin embargo y como podrán notar, no es una proposición de un articulado o algo parecido; nos tomamos esta libertad porque creemos que así podríamos traer más claridad a lo que expusimos y porque es inevitable pensar en posibles soluciones. En definitiva, esta es la finalidad de este escrito: promover en mí y en todos nosotros las soluciones más adecuadas a los problemas de nuestra administración de justicia.

Muchos aspectos fundamentales han sido olvidados por los códigos de procedimiento.⁴⁵ Podríamos empezar por decir que de los múltiples códigos, los códigos de procedimiento penal reglan con mayor eficiencia las materias que echo de menos. Si revisamos su redacción, se constata la presencia de temáticas indispensables para un código de procedimiento que incluyen carísimos principios constitucionales, legales y de derecho procesal. A pesar de no distinguir entre principios y reglas técnicas –pues incluyen algunas de estas últimas como principios o normas rectoras– sí son ambos un buen ejemplo de la necesidad

45. Para este efecto, hemos tenido a la vista durante esta redacción el Código de Procedimiento Civil de 1970, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de 1948, el Código Contencioso Administrativo de los años 84 y 2011, los Códigos de Procedimiento Penal de los años 2000 y 2004 y el actual Código General del Proceso.

de incluir principios constitucionales que podríamos resumir como el debido proceso dentro de los principios rectores de un código. Por otro lado, son modelo de una adecuada (y escasa) inclusión de reglas técnicas como principios; por ejemplo, la oralidad.⁴⁶

Pasamos a hacer algunas anotaciones que justifican la inclusión de normas o principios rectores en un código de procedimiento judicial no penal. Así, es pertinente incluir principios como los constitucionales por las razones que expongo a continuación.

En relación con el derecho procesal sus procedimientos no son meros caprichos, sino que obedecen a preocupaciones válidas y específicas desarrolladas juiciosamente durante siglos. Si se incluyen expresamente los principios constitucionales en el código, se podrá entender que al lado del derecho sustancial coexisten múltiples garantías que deben ser protegidas, como la del juez natural, el derecho de defensa, el derecho a probar y el principio de legalidad.⁴⁷ Es un dentro de un código de procedimiento, una enunciación de fundamentos constitucionales del derecho procesal.

Por ejemplo, en relación con el contenido de la demanda, de las exigencias que hace el Código de Procedimiento Civil se desprenden múltiples garantías, como el juez natural al indicar la competencia; el principio de legalidad al indicar el procedimiento adecuado preestablecido por la ley; el derecho de defensa al denunciar las pretensiones y los hechos sobre los cuales fundamenta el demandante sus pretensiones; y el derecho a probar y contradecir las allegadas al denunciar las pruebas que se pretenden practicar. Otro ejemplo de lo que expresamos tiene relación con aquello que debe hacer el juez: decretar y anunciar cuándo

46. Lo que, por otro lado, no está del todo mal, pues si la esencia de dichos códigos es la oralidad, a pesar de ser una regla técnica, es pertinente incluirla como “norma rectora”.

47. Principio que, vale recordar, cada día se ve más amenazado por lo que algunos han llamado jueces pretores. Así, muchos exigen de los jueces una actitud “valiente”, proactiva (para usar otro conjuro de moda) y creadora. Esa actitud no puede ser menos que nefasta. Quienes así lo exigen, olvidan las conquistas de la Revolución Francesa. De lo que adolecía principalmente la administración de justicia, el poder en general, era de falta de control. El principio de legalidad surge como respuesta a esa exigencia; la exégesis, el apego a las normas es un presupuesto democrático. A pesar de su matiz algo anacrónico es mucho más moderno y es un avance respecto de las libertades autoritarias de la naturaleza humana, principalmente cuando ejerce alguna posición de autoridad. De esta manera, aunque la exégesis esté revaluada como criterio hermenéutico, pues ha demostrado falencias, ello no significa que debamos renegar de uno de los principales avances del derecho en toda su historia que atiende a los principios democráticos: el principio de legalidad.

y cómo practicarán las pruebas, lo cual no solo permite el ejercicio del derecho de contradecirlas, sino que también desarrolla los fundamentos básicos de las pruebas judiciales, como son la publicidad y la contradicción. Otro ejemplo es el derecho a presentar alegatos, una obvia observación que desarrolla el derecho a ser oídos y vencidos en juicio o principio de audiencia.

Por su parte, las notificaciones llevan a cabo el principio de publicidad y por lo tanto también el derecho a ser oído y vencido en juicio. A su vez, las causales de impedimentos y recusaciones desarrollan el principio de imparcialidad. En fin, cada norma del derecho procesal, de un código de procedimiento judicial, envuelve inapreciables principios de un Estado liberal y democrático que otorgan confiabilidad a la decisión y la legitiman.⁴⁸ Cada norma de derecho procesal está pensada para hacer viable la efectividad de los derechos sustanciales, lo cual también hoy —gracias a la denuncia hecha por el Código de Procedimiento Civil en su momento— es un derecho constitucional ligado íntimamente al debido proceso. Por tanto, estos principios merecen su incorporación expresa dentro del código de procedimiento judicial porque a pesar de que nadie se atrevería a dudar que el debido proceso está inmerso en su regulación, en mi sentir un código de procedimiento judicial no penal, al igual que lo han hecho los códigos de procedimiento penal, debe desarrollar dichos principios e imprimirles su propio matiz.

Como se colige del contenido de los códigos de procedimiento penal, en ellos se incluye un desarrollo específico para los principios constitucionales referidos. Ninguna materia se involucra tanto con las libertades personales como el derecho penal ni podría hacerlo, de ahí la pertinencia de que sin ignorar el debido proceso y los principios constitucionales, les dé a estos un específico tratamiento. Por ejemplo, en relación con el derecho a la libertad nadie duda de que se trata de un derecho inherente a la persona⁴⁹ y reconocido expresamente como tal, ni de que una obligación civil, un nexo obligacional, es una atadura que de alguna manera limita la libertad de una persona, pues por el principio de la buena fe⁵⁰

48. No olvidemos que una de las pretensiones del proceso judicial (aparte de ser una garantía) es ser un método de averiguación de la verdad.

49. Artículo 94 de la Constitución Política de Colombia. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

50. Artículo 1603 de Código Civil y 871 de Código de Comercio.

el deudor debe abocarse a satisfacer el interés legítimo del acreedor;⁵¹ es decir, está atado a él.

De lo anterior se desprende la pertinencia de lo consignado en los códigos de procedimiento penal. A pesar de que las limitaciones a la libertad puedan ser numerosas y de distinta índole (como serían las restricciones al desplazamiento dentro del territorio nacional por razones de orden público o las obligaciones, como ya lo habíamos anotado), ello no es un asunto penal; los referidos códigos le dan su propia fisonomía y descripción al principio comentado:

Ley 906 de 2004, artículo 2:

Libertad. *Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.”

Ley 600 de 2000, artículo 3:

Libertad. *Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

De la misma manera, principios como el de imparcialidad que involucra el control de garantías en penal, deberían recibir una connotación no penal en

51. Esplendida definición que tomo del curso de Contratos de mi muy admirado maestro Fernando Silva.

nuestro código. De esta manera y análogamente a lo hecho por los códigos de procedimiento penal, el código de procedimiento judicial debe traer a la vida jurídica sus propias definiciones, acentos y esencias de lo que constituye para él el debido proceso y los principios constitucionales. Es importante que el código que proponemos contenga una regulación al respecto, pues no comprendemos cómo se puede pasar sobre este asunto sin referencia alguna. Como hemos visto, el debido proceso y las garantías constitucionales son materia esencial de un código de procedimiento y estos están para desarrollarlos, proceso que no se puede dejar en manos de otras regulaciones ni en el trabajo científico de los investigadores, ya que ello restaría cualquier posibilidad de claridad.

Las pretensiones de simplicidad y brevedad no son excusa. Es cierto que un código no es un manual ni un tratado de derecho procesal; sin embargo, los códigos de procedimiento penal demuestran que ello es posible y resulta necesario para darle su impronta particular. La brevedad es algo valioso y como todas las cosas valiosas tiene un precio. Los autores de toda clase de textos escogen cómo pagarlo y no creo que este sea el sitio adecuado (los principios) para hacerlo. La brevedad puede buscarse en otros apartes del código en relación con otras materias no esenciales y no con su sustento, su motivo, como son los principios. El código de procedimiento judicial debe preocuparse por imprimir su acento a los principios que escoja. En fin, reiteramos que al confeccionar un código de procedimiento judicial debemos empezar, sin más, por el principio.

Con estos comentarios preliminares pasemos a concretar lo que para nosotros debe incluirse como principios dentro de nuestro código.

Principios constitucionales

De acuerdo con la lógica expuesta, se debe empezar por lo que obviamente nutre y fundamenta todo código y toda norma dentro de un ordenamiento jurídico: la Constitución (para los países que tengan una).⁵² De la nuestra se pueden extraer múltiples principios y creo viable comenzar con algunas enunciaciones del preámbulo que según la Corte Constitucional tienen fuerza normativa, con miras a la definición del derecho procesal mismo e incluso del mismo derecho y de las ideologías como medios de adaptación humana a su ambiente.

52. Lamentablemente, mientras se escribe el presente, no podemos decir que en países como Venezuela haya una Constitución. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, artículo 16: “Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes y la seguridad de derechos necesita una Constitución”.

Así, del preámbulo resaltaría que la función principal del código es la de fortalecer la unidad de la nación, lo cual está en concordancia con la tarea principal de las ideologías y del derecho en particular como es la de conservar la funcionalidad de los grupos humanos. De esta manera, la administración de justicia como hecho humano también contribuye a esa función (la convivencia). Igualmente resaltaría que este código está concebido para garantizar la vida a través de la resolución pronta y efectiva de los conflictos por un tercero imparcial, a saber, el Estado.

Por último, con este código se busca principalmente la paz a través del desarrollo de la justicia (su aplicación, su suministro), la igualdad y la libertad, pues un código de procedimiento es también garantía de esta última.⁵³ Posteriormente y siguiendo el buen ejemplo de los códigos de procedimiento penal mencionarían la dignidad humana, la cual a pesar de lo que muchos crean no es patrimonio exclusivo del derecho penal ni es únicamente en ese ámbito donde puede ser vulnerada.

En el derecho probatorio la dignidad humana juega un papel fundamental al limitar las facultades del juez y las partes en la consecución de las pruebas pertinentes. La dignidad humana es un límite y a pesar de que el propósito de la prueba judicial es obtener la convicción o certeza en el juez,⁵⁴ ese fin no se puede alcanzar de cualquier forma y menos desconociendo dicha dignidad.

53. Aunque, obviamente, sobrarán aquellos a quienes estas anotaciones sobre el preámbulo les parezcan excesivas y sobrantes, pero es lo menos que puede mencionar un código de procedimiento. Lo demás, como alguna vez oí del profesor Rojas Ríos, sobra: “Nuestro Código de Procedimiento Civil podría resumirse en su artículo cuarto: ‘El objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial’; lo demás sobra”.

54. Tesis de Hernando Devis Echandía, sostenida en su *Teoría general de la prueba judicial*, ya citada, con la que me encuentro de acuerdo, ya que el fin de la prueba judicial no puede ser la verdad, no porque haya distinción entre la verdad formal o procesal y verdad material, sino porque la consecución de la verdad es un imposible para las capacidades humanas. Ni siquiera el método científico aspira a la verdad, como lo recuerda Karl R. Popper. El método científico está constituido de hipótesis validas temporalmente gracias a los datos disponibles durante su vigencia, pero son susceptibles de variación y no son la verdad. La verdad humana no son más que concepciones que tenemos acerca de la realidad; no podemos aspirar a más. La verdad, según san Agustín, es la misma cosa, pero nuestras capacidades solo pueden adquirir una noción de ella y no la cosa misma. Por ello, es acertada la concepción de Devis Echandía de que en el proceso no se puede aspirar a la verdad metafísica o absoluta, sino que se debe buscar la convicción judicial o certeza del juez. Es decir, “...una certeza histórica, lógica y psicológica, humana, por tanto con sus naturales limitaciones...”, la verdad para

También mencionaría el contenido del debido proceso que constitucionalmente es entregado, complementándolo y desarrollándolo para la naturaleza del código que nos ocupa.

Así, la Corte Constitucional afirma en su sentencia C-200 del 2002 que el desarrollo constitucional del debido proceso en el artículo 29, es competente o suficiente en relación con el bloque de constitucionalidad, por lo que su regulación constitucional es suficiente para conocerlo como enunciación. No obstante, si se revisa no en cuanto a su contenido constitucional sino en cuanto a particularidades de justicias concretas, se evidencia la pertinencia de algún desarrollo legal específico, máxime en un código de procedimiento en el que ese concepto es su pequeño sol que lo debe iluminar.

Así por ejemplo, no me parece que esté de más que nuestro código mencione el principio de legalidad y su especial desarrollo, como sería el que actualmente le da el artículo 699⁵⁵ del Código de Procedimiento Civil, lo cual, evidentemente, es tratado de manera muy diferente al derecho penal, así:

Ley 906 de 2004. Artículo 6:

Legalidad. *Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.*

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

Como vemos, las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia, lo que no sucede en materias no penales, pues los códigos de procedimiento de estas materias sí aplican a hechos anteriores a su vigencia, aunque, por supuesto, de manera restringida:

Código de Procedimiento Civil, artículo 699:

el proceso, no puede aspirar a ser nada más que social; es decir, válida para hombres de cultura promedio dentro del ámbito técnico científico o cultural en una sociedad determinada.

55. En concordancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, reformado por el Código General del Proceso.

Vigencia. *El presente código entrará en vigencia el primero de julio de mil novecientos setenta y uno. En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.*

Como lo afirma Bejarano Guzmán (2005), es necesario que este código se pronuncie expresamente y de manera clara en cuanto a su vigencia, lo cual resalta nuestra tesis: un código como el propuesto debe pronunciarse al respecto y de manera propia según sus propias necesidades, como lo hace (aunque de manera muy compleja) el Código General del Proceso.

También debe mencionar el código —entre muchos aspectos del debido proceso— los principios del juez natural,⁵⁶ el derecho de defensa, la presencia de un abogado cuando se sea el caso en materia no penal (a diferencia del penal, en el que siempre debe haberla). Asimismo, se puede establecer el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y sus implicaciones exactas en materia no penal (como la posibilidad de desarrollar juicios fiscales, penales, civiles y sancionatorios a la vez), la autonomía e independencia judicial, el derecho de contradicción e incluso la influencia que la regla técnica dispositiva pueda tener en todos los principios mencionados en materia no penal. Por ejemplo, como parte del debido proceso se debe mencionar el derecho a presentar y controvertir pruebas, el cual puede ser limitado en el ámbito no penal como es el caso del testimonio y los documentos.⁵⁷ Ello encuentra diferencia en materia penal, ya que en ese espacio sería inaceptable (más aún cuando puede favorecer al reo), y justificaría la caracterización propia del principio.

56. No así el de favorabilidad por obvias razones, pues es eminentemente penal. Tampoco la presunción de inocencia ni el derecho a no autoincriminarse por los mismos motivos (aunque también este último podría tener aplicación en cuestiones no penales, por ejemplo un testimonio rendido en ellas podría ser base de una investigación y condena penal).

57. Código de Procedimiento Civil, artículo 232:

Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

Igualmente mencionaría la igualdad por formar parte fundamental de la justicia⁵⁸ y de la idea del derecho (justicia en sentido amplio). El respeto a los derechos fundamentales es igualmente una norma que amén de necesaria, desde la perspectiva sicológica, pedagógica y práctica, demuestra la clase de Estado en el que se inscribe un código y sus valores democráticos básicos.

Como es natural, incluiría de la misma manera dentro del debido proceso el derecho al acceso a la administración de justicia, pues es el concepto fundamental de lo que hablamos y algo sobre lo cual se puede referir para darle la amplitud y límites que merece desde el punto de vista no penal. Ello determinaría, por ejemplo, la posibilidad de establecer aranceles, lo que incluso fue objeto recientemente de análisis por la Corte Constitucional que declaró inexecutable el arancel judicial.⁵⁹

En fin, por ningún motivo se puede pensar que sobra o es redundante una referencia al debido proceso y su contenido dentro del Código que proponemos.

Por supuesto, aparte del debido proceso también consideramos que se debe incluir ese profundo avance que nos trajo el Código de Procedimiento Civil de 1970 en su artículo 4 (incorporado a la Constitución del 91) que afirma que "... el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".⁶⁰ Por último y sin que con esto se cierre la discusión, como lo que nos convoca en este trabajo es la eficacia, la economía y la celeridad en la administración de justicia, podemos incluir como principios los mencionados por el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia que a todas luces resultan pertinentes:

Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

58. "A la pregunta sobre lo que es la justicia se responde con frecuencia: núcleo de la justicia es la igualdad" (Kaufmann, 1999, p. 291). Aunque no sea del todo exacto, como el autor lo explica posteriormente.

59. Ver Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-169 (D-9806), de marzo 19/14. Magistrada ponente María Victoria Calle.

60. Que hoy llamamos, como una novedad, prevalencia del derecho sustancial. Constitución Política de Colombia, artículo 228: "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial..."

Estos son algunos de los principios constitucionales que mencionaría, pues son el *principio* de todo lo que podamos hablar en Derecho Procesal y permiten comprender el porqué de todas esas minuciosas normas en cuanto a tiempos, lugares y formas, es decir, circunstancias de las actuaciones procesales. Por lo tanto, alabo ese talante que se contiene en los códigos de procedimiento penal y echo de menos una postura clara de los códigos no penales.

Principios legales o doctrinarios del derecho procesal

Del mismo modo, es necesario que un código de procedimiento judicial haga referencia a aquellos principios doctrinarios y tradicionalmente legales desarrollados durante siglos y constitutivos de profundos avances en esta disciplina. Así, se debe mencionar el *principio de eventualidad*, que pesar de ser considerado por muchos un rigorismo sin sentido es garantía de muchos principios —entre ellos los constitucionales antes mencionados— principalmente el derecho de defensa. No se concibe que alguien pueda ejercer cabalmente su defensa si no tiene claro de antemano las circunstancias temporales en las cuales su contraparte puede ejercer su ataque y en razón a ello defenderse.

La contradicción y la publicidad dependen de este tiempo en la relación jurídico-procesal e incluso, cuestiones sustanciales como la prescripción dependen también de este principio. Debemos recordar que el derecho como producto humano se concibió para zanjar discusiones y terminar pleitos. Los litigios eternos son profundamente patológicos para una sociedad. Por ello, la prescripción extintiva es expresión de que las relaciones jurídicas tienen como nota común su temporalidad. La influencia del tiempo en todo el derecho es de vital importancia y garantiza un orden básico en una sociedad.

En definitiva, la temporalidad en el derecho es vital. El orden en las relaciones jurídicas procesales o sustanciales es esencial para garantizar a los ciudadanos su libertad, ya que estos no pueden estar sujetos a una atadura eternamente. Garantiza su defensa en cuanto pueden oponerse a pretensiones inoportunas y castigan la desidia de quienes no toman en serio la administración de justicia ni sus propios derechos y pretenden defenderlos como les plazca y cuando les plazca. Por tal razón, nuestra Constitución afirma que: “En ningún caso podrá haber... ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” y “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.⁶¹ Esto nos

61. Constitución Política de Colombia, artículos 28 y 228.

recuerda –lo mismo que su inclusión dentro del código como principio– que los términos procesales, la eventualidad y la preclusión no son gratuitos.

El segundo principio al que debería referirse un código es al principio de publicidad (a pesar de que se encuentra incluido constitucionalmente en el artículo 29) como la exigencia de un debido proceso público y el establecimiento de formas propias para cada juicio. A este principio le sucedió lo mismo que al principio de prevalencia del derecho sustancial; es una regulación tradicional de la doctrina procesalista que por su evidente importancia fue incluido por la Constitución. Empero, esa inclusión no fue suficiente para agotar la discusión, que así sea sucinta merece regulación en un código de procedimiento judicial.

Por ello, es deber de los redactores de un código procesal respetar este principio, incorporarlo y darle carácter propio según las materias que esté regulando.

Vacílé en ubicar como principio o regla técnica lo concerniente a la publicidad, pues puede pensarse que un estatuto procesal podría optar entre un proceso con publicidad o uno secreto, pero llegué a la conclusión que la idea dominante es la de que siempre, sin excepción alguna, el proceso debe ser conocido. Cuestión diversa es que, sobre el supuesto de la publicidad, esta pueda ser más o menos amplia según las necesidades a regular (López Blanco, 2007, p. 98).

De lo citado señalaremos que no se debe dudar de que el enunciado es un principio y que, como lo especifica el autor, según el código que se esté desarrollando este principio puede ser más o menos amplio, no obstante que y no se puede desconocer. A ello es a lo que nos referimos cuando exponemos que un código de procedimiento judicial debe escoger y darles carácter propio a todos los principios que elija; en este caso debe seleccionarlo, pero darle el alcance que corresponda con la coherencia del código en general. De ahí la conveniencia de que los principios sean declarados expresamente y de ellos se dé un desarrollo particular.

No será lo mismo la publicidad de un proceso penal que la de un proceso no penal. En el derecho penal se expresa manifiestamente el interés de toda la comunidad en que el agresor de un bien jurídico tutelado sea castigado, lo cual se consigue mediante un juicio público y no secreto. De allí el interés predominante en el área penal de hacer públicas sus actuaciones.

En materia no penal también subsiste un interés en la publicidad, pero esta puede ser matizada o limitada por otros intereses que se deben desarrollar y que pueden ser contrapuestos. De esta manera, el artículo 26 del Decreto 196 de 1971

dispone quiénes pueden revisar las actuaciones judiciales y administrativas,⁶² lo cual plantea una correlación diferencial justificada con el derecho penal. Por ello se justifica su inclusión como principio y su especial desarrollo.

Como cierre de este aparte, creemos que detrás del principio de publicidad y su correcto o incorrecto desarrollo, se ponen en entredicho principios como el del derecho de defensa o la contradicción de las pruebas, ya que no se podría ejercer el primero sin saber qué medio de prueba se incoa y cuándo se va a practicar.

El siguiente principio que quiero mencionar –que es el motivo mismo de este trabajo; es decir, el *principio de economía procesal*– se debe incluir en código de procedimiento judicial. Con este principio se busca “... obtener el mayor resultado con el mínimo de actividad procesal” (Devis Echandía, citado por López Blanco, 2007). Pero como este principio se desarrolla de la mano con el principio de administración que ya se ha expuesto, a esos lugares remito.

En lo que respecta al *principio de lealtad procesal*, este como ningún otro es un verdadero principio, como lo demuestra López Blanco (2007), pues nadie se atrevería a sugerir que se incluyera la deslealtad como principio o que se la justificase en ciertas circunstancias. Al estar inscrito a una sociedad, el individuo arrastra cargas morales que lo obligan, así la moralidad no pase de ser un prejuicio vulgar. Por ello y muy a su pesar, no puede escapar de ellas. Las necesidades grupales (y por lo tanto vitales) adaptativas humanas, hacen de los conceptos morales necesidades existenciales de supervivencia a pesar del capricho y la imposición.⁶³

En lo tocante a la *gratuidad*, este –a pesar de sufrir limitaciones graves– también es un principio técnicamente hablando, el cual, obviamente, requiere un espí-

62. También podríamos traer a colación uno de esos escasos ejemplos de una norma de excepción para una materia específica, pero dentro del marco de nuestro Código de Procedimiento Judicial. Así, creo que para el caso de la acción de simple nulidad de un acto administrativo, la publicidad debe ser mucho más amplia, pues es posible que el acto administrativo que se pretende anular concierna a toda la comunidad y todos tengan derecho a intervenir.

63. Imposición o fuerza, pues aquello que se ha denominado contrato en realidad nunca ha existido. La imposición es lo que evidentemente ha existido siempre, lo que se puede llegar a explicar por las necesidades que un grupo humano solventa para sus individuos: “a. Nunca hubo, históricamente, un contrato semejante; b. Históricamente, el Estado jamás fue instituido; c. Las leyes no son convencionales sino que surgen de la tradición, fuerza superior, equiparable quizás al instinto; primero se imponen como costumbre, para solo después codificarse en forma de leyes”. (Barker Ernest, citado por Popper, 1967, p. 178).

ritu propio para materias no penales. Esto, pensando también en la actualidad que goza el tema, evidenciada en la discusión constitucional ya citada sobre la exequibilidad del arancel judicial.

El *principio de prevalencia* se puede establecer a la manera de los códigos de procedimiento penal. Este principio designa a las normas rectoras como criterios interpretativos; de esta manera, puede ser similar a lo enunciado por el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁴ Empero, por carecer este de una anunciación suficiente de dichas normas, no tiene la utilidad que se esperaría de una norma como esta.

El mismo comentario podríamos hacer respecto del Código General del Proceso y su artículo 11,⁶⁵ que a pesar de que menciona algunos de los principios que reclamamos, no trae una definición propia de ellos, lo cual afecta al proyecto de la misma problemática planteada para el Código de Procedimiento Civil.

Se debe establecer también que las normas del Código de Procedimiento Judicial son de orden público. Como ya planteamos, el orden es esencial en una sociedad para garantizar la convivencia y por lo tanto la vida, honra y bienes de sus integrantes. Y lo es también para ejercer los derechos sustanciales que a través del derecho procesal son protegidos.

En el desorden es claro que ningún derecho sustancial encontraría cabal acogida, por ello es importante incluirlo para recordar esta realidad a quienes constantemente la olvidan.

De esta manera creemos que nuestro listado tiene una relativa suficiencia; claro, sin que se cierre la discusión al respecto. Ahora, nos abocamos a incluir finalmente, los últimos principios que principalmente nos convocaron a esta obra y que con mucha vehemencia, postulamos como tales para que sean incluidos de manera expresa en el código.

64. **Artículo 5. Vacíos y deficiencias del código.** Cualquier vacío en las disposiciones del presente código, se llenará con las normas que regulen casos análogos y a falta de estas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal.

65. **Artículo 11. Interpretación de las normas procesales.** Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

Principios de administración o gerencia, gestión de la administración de justicia

Como hemos planteado, de principios como la eficiencia, la eficacia, la economía procesal y general, la celeridad, de algunos de los incluidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia; y de principios como los enunciados en la Ley 80 de 1993, a saber, el de economía o responsabilidad,⁶⁶ dependen numerosas instituciones. Sin ellos, el Estado de derecho, los derechos propiamente jurídicos (exigibles), las mismas obligaciones, la democracia y la justicia (justicia tardía no es justicia) se ven en proscritos (ver Título I, Capítulo I).

En mérito de ello, el suministro pronto y eficaz de justicia es un elemento esencial para cualquier Estado actual. Por tal razón, debe establecerse ante todo el principio de administración como fundamental para la estructura de un código, sin olvidar que unido, entrelazado, trenzado, incorporado, fundido al objetivo de administrar justicia de manera pronta, está el logro de la Ley 1395 de 2010 que al fin puso en práctica lo proyectado hace cuarenta años por el original Código de Procedimiento Civil, de establecer un proceso único. Como lo recuerda Bejarano Guzmán (2005) y de acuerdo con tratadistas como Mauro Cappelletti, para cuando se elaboró el referido código la idea principal de sus redactores era establecer la regla técnica de la oralidad.⁶⁷

Pero como lo trae a la memoria el mismo Bejarano, el Código de 1970 introdujo cambios drásticos. Uno de sus propósitos era dejar de lado la tarifa legal en lo referente a la cuestión probatoria y acoger la sana crítica en su valoración. También lo fue el aceptar esquemas rechazados hasta entonces en el proceso civil, como implementar el proceso inquisitivo (lo recuerda también Devis Echandía) y su connatural facultad para el juez de promover pruebas de oficio. Estos cambios dificultaron la aceptación tanto de ellos como de la oralidad, sumado a ello la aversión a las innovaciones que naturalmente experimenta el humano como producto de su originaria afición por conservar.⁶⁸

66. Obviamente, con los necesarias definiciones propias en el Código de Procedimiento Judicial, como la de responsabilidad, que debe apuntar, por ejemplo, a los jueces como gerentes de su juzgado.

67. Aunque se lo considere por muchos un principio –lo cual es del todo errado– es una regla técnica que puede ser objeto de innumerables excepciones, de acuerdo con las necesidades prácticas.

68. Como el humano fija sus mundos en el lenguaje y vive en el lenguaje, es natural que aquello que siente como su hogar –el mundo que ha creado en la palabra– le tenga un especial afecto.

Por ello, en vista de este fin (la oralidad)⁶⁹ y sin dejar de considerar la resistencia que podría generar un cambio semejante, se pensó originalmente tornar oral el mayor número de procesos, pero como hubo fuerte resistencia a ello, se ideó el sistema gradual con el cual se redactó el código, creando así los procesos verbales y manteniendo unos ordinarios (con vocación de ser también orales, eventualmente). Posteriormente, con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, se creó un tercer género de procesos que vendrían a ser un punto temporal e intermedio entre los dos citados anteriormente, llamados procesos abreviados.

Sin embargo y de acuerdo con Bejarano, ni la comisión que redactó el código, ni el Gobierno, desistieron de su intención de convertir en orales los procesos descritos, razón por la cual se decidió postergar la concreción de esta idea a través del artículo 450 original del Código de Procedimiento Civil. En dicho artículo se facultaba al Gobierno para que de manera gradual convirtiera los procesos a la oralidad.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control constitucional, acertadamente declaró inexecutable el citado artículo. No podía el gobierno autoprorrogarse en la autorización legislativa especial que tenía para crear el código y en ese sentido estaba extendiendo abusivamente la facultad que le fue otorgada al extenderse a sí mismo dicha facultad en el tiempo. Luego, en 1989 la comisión que redactó la importante reforma de ese año, propuso suprimir los procesos abreviados, tentativa que fue posteriormente desechada por considerarse que excedía las facultades conferidas, pues estas —se dijo— eran para simplificar y no para suprimir los trámites y procedimientos. Así, esta nefasta dispersión de procesos fue algo fortuito y definitivamente indeseable que se asentó entre nosotros sin justificación alguna gracias a este devenir histórico desafortunado.

De esta manera, llegamos al 2010 sin haber concretado las intenciones originales del código de 1970. Por fortuna, conscientes los redactores de la reforma de ese año de la imperiosa necesidad de simplificar las cosas dentro del procedi-

69. Por eso no comparto la afirmación de algunos de mis profesores en el sentido de que “este código [el Código de Procedimiento Civil] fue ‘montado’ con base en la escritura”. Yo diría que la práctica es la que está “montada” sobre la escritura, no así el código. La oralidad fue su inspiración principal, no otra cosa podría resultar de la presencia de Devis Echandía y Mauro Cappelletti en su redacción. La práctica pues, otra vez, nos demuestra que muchas veces regula más la realidad que al mismo Código de Procedimiento o la ley. Así, la escritura simplemente terminó imponiéndose por la práctica. Esto demuestra que el derecho procesal, como ningún otro, “consulta la realidad diariamente”, ya que es una rama del derecho eminentemente práctica.

miento civil y quizá recordando toda esta historia, hicieron lo esperado desde hace tantos años: suprimir los procesos ordinarios y abreviados. La reforma se concretó y se dejó para un futuro cuando entre a regir plenamente el trámite para los procesos declarativos únicamente a través de los procesos verbales.⁷⁰ Por su parte, se dejó también el proceso verbal de mayor y menor cuantía como esquema principal; es decir, el proceso contenido en el actual artículo 432 del Código de Procedimiento Civil adoptado por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010. Y como gran acierto, se suprimió toda regulación del proceso verbal sumario y simplemente se concretó en el artículo 28 de la última ley citada, que “El artículo 439 del Código de Procedimiento Civil quedará así: **Artículo 439.** *Trámite de la audiencia. La audiencia se sujetará a lo establecido en el artículo 432, en todo lo que sea pertinente, pero en ella no se practicarán más de dos testimonios por cada hecho*”.

De esta corta introducción extraemos nuestro primer principio relativo a la administración. El establecimiento de un código de procedimiento judicial único –de procesos únicos– es un principio que debe encontrar muy pocas excepciones (si es que no encuentra alguna en absoluto); simplemente se deben adoptar normas especiales para casos particulares que así lo ameriten.⁷¹ El establecimiento de procesos únicos es esencial para la buena administración de la justicia y condición necesaria para los principios antes mencionados. No puede haber eficiencia, eficacia, economía procesal y celeridad si no hay un mínimo orden en la regulación de los procedimientos.

Como ya lo habíamos mencionado,⁷² en el orden y en la claridad descansan fundamentales ideas del derecho y en ello se apoyan los valores democráticos, el Estado de derecho y la obligatoriedad de las normas. Pero si se mira el asunto desde una perspectiva administrativa vemos que el orden y la claridad son presupuestos de toda organización. En un escenario caótico, incoherente y desarticulado, difícilmente se desarrollarán los objetivos de un ente administrador de

70. Que consisten en el proceso verbal de mayor y menor cuantía y el proceso verbal sumario.

71. Así debe suceder, por ejemplo, con los procesos que antes eran los procesos *ordinarios* con disposiciones especiales (resolución, compraventa sujeta a pacto comisorio; resolución de compraventa sujeta a pacto de mejor comprador; proceso de declaración de pertenencia) y con los procesos que antes eran los procesos *abreviados* con disposiciones especiales (servidumbres; de entrega del tradente al adquirente; de rendición de cuentas, etcétera) o los procesos *verbales* con disposiciones especiales. Todos deben gozar de sus necesarias particularidades, pero dentro del marco de un único proceso. Algo parecido es lo que propone acertadamente, por ejemplo, el Código General del Proceso.

72. Cfr. Título I, capítulo I.

justicia. Es este un postulado básico de la administración. Por ello y relacionado con el principio de la administración, postulamos como primer principio el establecimiento y conservación de códigos y procedimientos procesales únicos.

Otro acierto de la reforma del 2010 es el tan criticado artículo 9 que adiciona un párrafo al artículo 124 del Código de Procedimiento Civil.⁷³ En él encontramos nuestro siguiente principio profundamente relacionado con el principio de la administración: la temporalidad de los procesos.

Unas características que deben resaltar de los principios son su poder pedagógico y su carácter de declaración. Así, no se debe subestimar el poder de la declaración expresa acerca de algo –como la temporalidad de los procesos– que se ha visto tan ignorado por la práctica judicial.

Sin embargo, no se debe quedar en la simple enunciación o una en norma, como lo hizo la Ley 1395, sino ser un criterio obligatorio y general del procedimiento. De otra manera, si se continúa con procesos eternos jamás tendremos eso que hemos definido como justicia o Estado de derecho o cualquier otro de los conceptos que hemos indicado.

Así, la principal característica de los procesos radica en que son una serie de actos coordinados y sucesivos en el tiempo para lograr un fin. En la sentencia

73. Ley 1395 de 2010, Artículo 9º: *Se adiciona el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil con el siguiente párrafo:*

Parágrafo. *En todo caso, salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada, ni a seis (6) meses para dictar sentencia en segunda instancia, contados a partir de la recepción del expediente en la Secretaría del juzgado o tribunal.*

Vencido el respectivo término sin haberse dictado la sentencia, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al Juez o Magistrado que le sigue en turno, quien proferirá la sentencia dentro del término máximo de dos (2) meses. Sin embargo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá asignar el proceso a otro Juez o Magistrado si lo considera pertinente. El Juez o Magistrado que recibe el proceso deberá informar a la misma Corporación la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará a un juez itinerante o al de un municipio o circuito cercano que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la observancia de los términos señalados en el presente párrafo, el juez o magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley.

está incrustada la temporalidad; de allí que desconocerla es omitir la misma definición. Actos sucesivos en el tiempo y obtener necesariamente un fin, son aspectos que lo indican.

En definitiva, los procesos están concebidos para ser terminados. Su esencia es su caducidad; están para resolver una disputa, para zanjarla con fuerza de autoridad y si ello no se logra es un sinsentido absoluto contar con procesos, procedimientos y códigos de procedimiento judiciales. Su único objetivo es resolver disputas y lograr la convivencia (respetando las garantías mínimas, por supuesto) y en consecuencia garantizar todo aquello que hemos resaltado. De lo contrario, la jurisdicción se convierte en una tragicomedia a la que los asociados acuden para resolver sus conflictos y a través de ese medio jamás lo lograrán.

La organización es otro principio que se debe establecer, como lo plantea la administración en su misma definición. Se basa en la asignación de funciones concretas de acuerdo con un plan específico y un diagnóstico de la situación. Sin embargo, como este aspecto está dentro de la misma definición de administración que propondremos como principio, quizá pueda ser obviado, no obstante, gracias a su presencia directa o indirecta y también inspirándonos en los principios para la contratación estatal por la Ley 80 de 1993, proponemos como principio el de la responsabilidad.

Si bien prevalecen varias normas que responsabilizan a jueces, magistrados y auxiliares por su conducta, este postulado debe ser un verdadero principio. El compromiso que los funcionarios deben tener con los fines de la organización, es decir, con la administración o suministro eficaz de justicia, debe ser profundo. Este es también un postulado de la administración y a través de él se inspira a los integrantes de la rama judicial no solo por la fuerza sino por la misma claridad del precepto. Es claro que acerca de la eficiencia y la eficacia en la administración de justicia nuestro código no hará concesiones.

Pero el principio de responsabilidad no se agota allí. Para quienes gustan de ver a un juez valiente y proactivo este es el escenario correcto para incentivarlo a ello y no en sede de creación del derecho donde el juez debe ser absolutamente respetuoso de las expresiones democráticas (como la ley) creadas por un órgano representativo de la asamblea de ciudadanos. Así, en relación con el significado del precepto contenido en la Ley 80 de 1993, recordemos que antes de su expedición el trámite para celebrar un contrato por el Estado era absolutamente engorroso. En ello estaban involucrados innumerables funcionarios y el proceso no contaba con la celeridad necesaria para su cabal desarrollo.

La respuesta de la Ley 80 y de la normatividad del momento fue desarrollar el principio de responsabilidad, es decir, entregarle la responsabilidad a un funcionario como es el representante legal de la entidad que desea llevar a cabo el proceso de contratación; eso sí, respetando los principios y normas de esta ley y sujeto a responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales. Por ello, usando al juez como ejemplo de lo que debe ser general para todos los funcionarios de la rama judicial, lo que nos sigue el principio de responsabilidad es en primer lugar, que les entreguemos a los funcionarios las facultades administrativas (gerenciales) necesarias para desarrollar los fines de nuestra organización, con la confianza que merece un funcionario bien elegido y ubicado de manera estratégica. En segundo lugar, que así como se les entregan esas facultades también se los responsabilice rigurosamente por sus actos.

Lo que proponemos, entonces, es ungir al juez (para el ejemplo propuesto) como gerente de la unidad productiva (de resoluciones sociales) llamada juzgado. Así, en sus responsabilidades (facultades), le incumbe la gestión eficiente de su juzgado en gestión de los recursos que le sean asignados (humanos, financieros, materiales, tecnológicos, de conocimiento, etcétera). De otro lado, correlativamente, también le incumbe la responsabilidad (sanciones) por sus falencias en la labor como gerente. Puede que estas responsabilidades ya le hayan sido entregadas, pero se debe establecer como principio el de la responsabilidad para hacer ese acto necesario de declaración formal de las intenciones del código que tanto hemos mencionado, y además, se debe establecer cuáles son las funciones o facultades gerenciales que el juez tendrá, y sus correlativas sanciones o responsabilidades por su incumplimiento, todo para que en virtud de esa consagración dichas normas gerenciales tengan un sustento y el principio de responsabilidad sirva como criterio interpretativo que haga más palpable su aplicación (como facultad y como responsabilidad).

Lo anterior servirá para que desde el punto de vista de las facultades, sea provisto adecuadamente el funcionario y para que desde el punto de vista de las responsabilidades, también sea clara la sujeción del servidor público y así se complete adecuadamente el concepto.

Seguidamente, al ser esencial se debe establecer el principio de gerencia de las reglas técnicas en cuanto por ser normas logísticas una de sus principales características es su movilidad. Por tanto, a través de este principio se debe dejar claro para el legislador que sobre estas debe ejercer gerencia y estar constantemente atento a los cambios fácticos. En toda organización, debe contarse con la necesaria flexibilidad para reaccionar a las complejidades futuras.

Por ello, un código de procedimiento judicial debe distinguir y separar las reglas técnicas de los principios. Al establecerlas y diferenciarlas, les da movilidad y sobre ellas se puede ejercer gestión sin afectar el núcleo esencial de un código (establecido en los principios) y como son reglas técnicas, de logística, de mejorar, deben ser esencialmente flexibles para adaptarse a las problemáticas que las organizaciones afrontan a lo largo de su vida para alcanzar sus objetivos. La flexibilidad de una organización es una exigencia básica de la administración. Se debe destinar este principio para el legislador, en virtud del cual se lo responsabilice por la gestión de las reglas técnicas. Esto es, se le deben dar pautas para una eficiente gestión de las reglas técnicas y, además, se pudiera diferenciar estas de lo que puede y debe manejar un órgano ejecutivo; esto es, debe pensarse también en cuestiones más prácticas o materiales para entregárselas a un órgano ejecutivo y de esta forma liberar al código de cuestiones que no deben tener un tratamiento legal sino práctico.

Así, sobre el principio de gerencia de las reglas técnicas, podemos decir lo siguiente:

- Proponer las reglas técnicas como herramientas de gerencia.
- Las reglas técnicas deben ser escogidas con criterios administrativos y ejercer sobre ellas constante administración.
- Proponer la cabal identificación dentro de un código de las reglas técnicas para poder ejercer su oportuna y eficaz gestión y de la administración de justicia.⁷⁴

Por tanto, de todo lo expuesto y como un pináculo de lo razonado, el principio más importante que proponemos en este texto es el principio de administración. Naturalmente, la eficiencia, la eficacia, la economía procesal y general y la celeridad, son principios que deben ser mencionados así como los principios del artículo 209 de la Constitución. Aunque ninguno de los anteriores debe ser ignorado –incluso, deben ser incluidos expresamente en un código procesal– en este principio que anotamos ahora, se resumen todos y se les da un tratamiento adecuado según su naturaleza y los tiempos que vivimos.

Acerca de la administración, los siguientes son criterios son útiles aportados por dicha técnica para la problemática que intentamos solucionar, como es la eficacia en la administración de justicia.

74. En esta parte remito al Título I en sus capítulos II, III y IV, donde en extenso hicimos comentarios al respecto.

Se debe rescatar el significado de administración (integrante de lo que conocemos como administración de justicia) como dinámica, actividad, funcionalidad, desarrollo paulatino, cambio, practicidad, coordinación, efectividad, eficiencia (y por supuesto, eficacia), economía y celeridad. El objeto de estudio de la administración son las organizaciones, así que la nuestra debe ser sometida a estudio para que surjan las mejores soluciones a la necesidad de eficacia en el suministro de justicia de acuerdo con los criterios enunciados.

Dicho estudio se debe acompañar de disciplinas como la economía, la contabilidad, la psicología, la política, las matemáticas, la estadística, la historia, la geografía, la filosofía y la antropología para lograr un verdadero enfoque del problema y sus soluciones. También se debe brindar (y es un principio de la administración) atención al factor humano para que se logre el mayor rendimiento dentro de las tareas que incumben al suministro de justicia, así como resaltar el carácter jerárquico o de organización, pues como todo ente social la estructuración es primordial para su funcionalidad.

También es un aporte valioso de la administración el recordar su elocuente característica de ser instrumental: igual que el derecho procesal es esencial como instrumento para el desarrollo de las ideas (el derecho sustancial), la administración lo es para el desarrollo de las organizaciones a las que sirven. Por esa razón, además hay que entender un valor emanado de la administración: las organizaciones deben ser flexibles para afrontar debidamente las problemáticas que los desarrollos normales de los acontecimientos puedan traer. Esta es la razón fundamental por la cual hemos recomendado insistentemente asumir una postura flexible frente a las reglas técnicas, las cuales por su carácter logístico, así deben ser tratadas. De esta forma, según las enseñanzas que nos trae la administración para la gestión del suministro de justicia, se debe proceder de la siguiente manera:

- Primero: toda organización debe plantearse objetivos. En este punto no tendremos problema en establecer el objetivo principal de la administración de justicia, comoquiera que es la eficacia en el suministro de justicia considerado como un servicio. Sin embargo, también es pertinente establecer objetivos más específicos a corto, mediano y largo plazo, que nos lleven al logro de ese último querer que fue planteado en el objetivo principal.
- Segundo: organizando. Es decir, responder las preguntas de quién, cómo y cuándo. Si se tiene claridad acerca de los objetivos y se actúa de manera racional siguiendo a la administración, se obtiene un eficiente esquema de

la organización que administrará justicia. En este punto, por ejemplo, es pertinente recordar que el humano se ha hecho humano gracias a la división del trabajo, por lo que la exigencia de la inmediación como un principio, exigiéndole al juez estar presente siempre y en todo momento, niega esta característica que tenemos como humanos y no permite la sana división del trabajo, esencial en cualquier empresa o emprendimiento.

- Tercero: dirigiendo. Como lo habíamos señalado junto con Macfarlane Burnet y Freud, el concepto de liderazgo es fundamental no solo para la administración, sino para la vida que humanamente llevamos a través de los grupos. De esta forma, la administración debe ayudarnos a obtener un eficiente esquema que supla las necesidades en ese campo; por ejemplo, analizando el liderazgo que puede ejercer una entidad como el Consejo Superior de la Judicatura o un juez dentro de su juzgado.
- Cuarto: controlando. Para que los objetivos y los esquemas trazados sean logrados y se actúe eficientemente y se corrija cuando sea necesario. De estas condiciones, por supuesto, emana la necesidad de que sobre las reglas técnicas se tenga claridad, se las identifique por su carácter logístico y se ejerza sobre ellas constante administración o gerencia.

Es necesario identificar las reglas técnicas para diferenciarlas de los principios y así hacerlas más flexibles para que un ente como el legislador ejerza gerencia o gestión sobre ellas, lo mismo que un ente administrativo, como lo sería hoy la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, cuando así lo determine la ley. También, el diferenciarlas de aspectos “más materiales” que pueden ser gestionados por un ente administrador de carácter técnico o ejecutivo, apoya el propósito de flexibilizar la organización que presta el servicio de justicia. Así, siguiendo el concepto de administración podremos hacer frente a la incertidumbre que trae el futuro y la vida connaturalmente consigo. Frente a ellos podremos oponer planeación y previsión para guardar nuestra administración de justicia de todo mal y peligro que el futuro pueda deparar o que el presente nos proponga, como la ineficacia actual en su suministro. Por todo ello –concluimos– cabe postular a la administración como un principio fundamental de nuestra administración de justicia.

CAPÍTULO VIII

Segundo contenido esencial de un código de procedimiento judicial. Reglas técnicas

La principal característica de las reglas técnicas se identifica con la consideración de ser reglas de logística del “cómo hacer”. Ese es el principal aporte que la doctrina mexicana hace a nuestro saber sobre el derecho procesal. Si somos consecuentes con ello, acerca de las reglas técnicas debe haber un tratamiento dispar al de los principios. Su escogencia, diferente de la de ellos, no depende de posturas filosóficas o políticas imperantes en una sociedad, sino de cuestiones prácticas, de necesidades, de saber leer las necesidades de un sitio determinado en un momento determinado. El legislador que tenga en cuenta esta definición podrá hacer un buen trabajo a la hora de expedir un código de procedimiento judicial. Este aparte se dedicará a la escogencia del cómo se administrará justicia, que es del todo circunstancial e histórico.

Aquello que debe hacer el legislador una vez identifique conceptualmente el problema de diferenciar principios y reglas técnicas, es hacer una toma de posición acerca de las reglas técnicas que adoptará, para lo cual debe hacer un análisis de ellas. Es decir, adoptar una postura concreta acerca de las reglas técnicas que escogerá según los principios de la administración. Para ello debe evaluar la situación en la que la administración de justicia se encuentra (sus recursos humanos, financieros, materiales, tecnológicos, de conocimiento, etcétera).

Posteriormente, debe planificar, organizar, dirigir y controlar, según el significado que estos conceptos tienen. Así, reglas técnicas como la escritura o la oralidad, la intermediación o la mediación, las dos instancias o una sola, (o tres, como en

otros países), son cuestiones a las que se debe responder tras un balance hecho con anterioridad. Se evidencia así, entonces, que las reglas técnicas están emparentadas con la administración a tal punto que puede afirmarse que en eso se pensó a la hora de crearlas.

En lo que muchos se equivocan por tanto, es en considerar las reglas técnicas como principios, tratarlas como tales y defenderlas a ultranza. Esa no puede ser nunca la actitud. Sobre ellas no se debe tener especial afecto o animadversión, sino escoger sencillamente aquella que nos arroje las mejores opciones de acuerdo con las necesidades por enfrentar y la realidad actual de una organización administradora de justicia. Por ejemplo, en la escritura o en la oralidad no veo más que la necesidad práctica del proceso de lograr comunicación entre los intervinientes y documentar lo que sucede para futura memoria o para desarrollar una eventual segunda instancia. En la inmediación o mediación no veo más que la necesidad práctica de que quien decide esté cerca de la prueba, pero por razones también prácticas, en ocasiones ello no es necesario ni fundamental para el procedimiento.

Es decir, para el ejemplo de la mediación o inmediación puede que por la distancia no se pueda ejercer inmediación o que por el peso de la realidad tampoco sea conveniente. De esta manera se advierte cómo en todos los juzgados quien practica muchas de las pruebas es el secretario y no el juez. Por tanto, a pesar de que la tan mentada inmediación se defiende en la fría letra del código como principio, ¿no sería mejor atender esta realidad de que por el número de jueces la inmediación es un imposible y otorgarle facultades al secretario para practicarlas como en realidad sucede?⁷⁵ Por ello, frente a las reglas técnicas no debe tenerse la actitud absoluta de todo o nada, de unas u otras. Ellas responden a criterios prácticos y son herramientas para el logro de los objetivos propuestos en los principios de un código y alcanzar el fin último del derecho procesal, a saber, administrar justicia en forma eficaz para que los derechos sustanciales sean una realidad. Los criterios administrativos son por ello, el fundamento para la definición y escogencia de las reglas técnicas. Por otro lado, lo descrito nos lleva a otra conclusión: entre las reglas técnicas se dan relaciones prácticas que vale la pena descubrir y tener en cuenta a la hora de redactar un código.

Entre la oralidad y escritura, la segunda o única instancias y la mediación e inmediación, se dan conexiones que hacen que su tratamiento sea complejo.

75. Aunque esto dificultaría también la oralidad, pues esta depende de la inmediación para no tener que transcribir ni repetir las actuaciones ante quien va a tomar la decisión.

Así, para que haya segunda instancia debe haber un sistema de memoria que se adecue a la necesidad de envío o recepción hacia el juez de segunda instancia para que este decida. De esta manera, el sistema de oralidad para el cual debe haber medios técnicos adecuados (como grabaciones) puede ser incompatible con la segunda instancia, pues como claramente se ha observado, la escritura no tiene par a la hora de transmitir un mensaje de esta naturaleza al juez superior y ser revisado por este. La oralidad es un sistema profundamente engorroso para el juez de segunda instancia lo que ha generado disputas entre los niveles de competencia funcional, ya que unos exigen que se les envíe un resumen escrito de lo actuado y los otros, cansados con el desgaste de un proceso, no quieren transcribir y efectuar un reproceso o hacer de un proceso dos: uno escrito y otro grabado u oral. Por su parte, es de recordar que para el desarrollo de una segunda instancia siempre se deberá usar la regla técnica de la medición, así que un código que establezca la segunda instancia no puede jamás hablar de la inmediación como un principio.⁷⁶

Es decir, entre las reglas técnicas hay hondas relaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de escogerlas; deben ser estudiadas, debatidas desde la práctica judicial y la administración, analizando sus costos y beneficios. Por último, la problemática principal a la hora de abordar las reglas técnicas es que algunas por su carácter o su enraizamiento dentro de una sociedad o en las normas sustanciales de un sistema, pueden adquirir el carácter de principio, lo cual, claro está, debe ser una excepción.

Esto puede suceder con las reglas técnicas dispositiva e inquisitiva. Como sabemos, la regla dispositiva –hoy en franco retroceso– es un carácter fundamental del derecho civil, por ello en lo que tiene que ver con la demanda generalmente necesita impulso del particular, pero en el proceso y dadas la necesidad de fallar según la realidad (en la medida en que ello sea posible) y la necesidad moderna plenamente justificada de dirección del proceso por parte del juez,⁷⁷ la regla técnica inquisitiva ha adquirido suma relevancia.

Como vemos, por su carácter la regla técnica dispositiva puede resultar asemejándose a un criterio filosófico o político que determinará necesariamente el contenido de un código y por ello podría ser incluida como un verdadero

76. Esta incoherencia se presenta en el Código General del Proceso.

77. Porque el proceso ya no es un ring donde se premia al más hábil, astuto o fuerte, sino que es un escenario o método donde se intenta averiguar la realidad para de allí buscar la norma que la tiene como su supuesto de hecho y aplicar la consecuencia jurídica respectiva.

principio. Pero esto no obsta para tenerla como una regla técnica, pues no es un principio absoluto sino que encuentra multitud de excepciones, al punto de no ser considerada ella misma como una regla sino como una excepción, pues dentro del proceso la regla técnica que actúa es la contraria, la inquisitiva. Este criterio también podría actuar por ejemplo, a la hora de regular la acción de simple nulidad. Después de iniciada dicha acción que necesitaría solicitud de un particular (criterio dispositivo) este no debe tener más aplicación y de allí en más debe tener plena aplicación la regla contraria: el criterio inquisitivo.

Esto es, a pesar de que en ocasiones por determinadas circunstancias una regla técnica luzca y actúe como principio, no se debe olvidar que no son absolutas y que pueden (o deben, porque en realidad no son principios) tener excepciones o combinarse, como es el caso de las reglas dispositiva e inquisitiva. En ocasiones debemos ser infieles al concepto y por la importancia que pueda revestir una regla técnica, se la puede enumerar como un principio. Sin embargo, esto debe ser una excepción que solo se presenta para el caso de la regla dispositiva por su conexión con el mismo derecho sustancial. Pero como lo anotamos, el criterio dispositivo más que una regla absoluta (o principio) es una excepción, pues lo que predomina es la regla contraria inquisitiva.

Cuatro son las problemáticas que las reglas técnicas afrontan en su definición, sobre las cuales se debe estar atento a la hora de redactar un código de procedimiento judicial:

- Las reglas técnicas deben responder a evaluaciones rigurosas de las situaciones fácticas en un territorio y en una época. Cabe recordar que son herramientas y no necesidades axiológicas y se usan según la labor por desempeñar después de evaluar y planificar una intervención. Por ello la evaluación, la planificación y el desarrollo de los principios de la administración en general, son fundamentales a la hora de escoger un vademécum de reglas técnicas.
- A la hora de elegir las se debe considerar otra problemática que las afecta y que afecta la capacidad de nuestro código de suministrar justicia eficientemente. Lo que se denominó como relaciones entre reglas técnicas, muchas veces no se tiene en cuenta a la hora de redactar un código. Estas posibles relaciones pueden influir en la efectividad de una regla técnica como herramienta. De allí nuestro ejemplo de la relación problemática entre escritura u oralidad y segunda o única instancia y la mediación o inmediatez.
- La necesidad de controlar el espíritu es importante a la hora de abordar estos conceptos, comoquiera que algunas reglas técnicas dado su arraigo en una

sociedad o en el ordenamiento jurídico, puedan llegar a considerarse como verdaderos principios. Esta situación debe ser una excepción y estar plenamente justificada; de lo contrario, volveríamos a la situación precedente en la que no se las distingue de los principios y así se legisla, perdiendo con ello toda efectividad que puedan tener como herramientas del código para la gestión y eficacia en su tarea y la capacidad de gestión sobre ellas. Esta situación es una verdadera excepción y solo aplica para el caso de la regla técnica dispositiva. No obstante, por razones prácticas de diseño de un código una regla técnica puede tornarse esencial. Por ejemplo, que un código se base sobre el esquema de la oralidad y sea tan profundo ese sustento que se lo pueda considerar como verdadero principio dentro de su regulación. Pero aunque esto sea así, esto lo que nos tiene que indicar es solamente el grado de compromiso que un código tiene con una regla técnica, pero que por ello no pierde el carácter de tal ni adquiere el carácter de principio. En otras palabras, si ello sucede no debe extrañar, así debe ser regulada y esa regla técnica ser acercada al concepto de principio. Empero, no por acercarla a ese carácter se debe perder de vista su esencia de regla técnica, principalmente su carácter no absoluto. Por ello, no hay que satanizar todo lo que tenga el rótulo de escritura; precisamente, como la oralidad no es un principio, no tiene el carácter absoluto que los caracteriza y por lo tanto se puede aplicar lo que a continuación mencionamos.

- Para las reglas técnicas, la combinación generalmente es la mejor opción, incluso en el caso de la oralidad, a pesar de estar incluida y rotulada como principio, no es tal; es una regla técnica y así debe ser tratada principalmente sin olvidar que por no ser absoluta se la puede combinar con su némesis: la escritura, para lograr los mejores resultados en nuestros objetivos. En fin, es un error considerar la oralidad como un principio o que se tenga con ella un acto de compromiso profundo en un código. Empero, si esto llegase a suceder por terquedad (única razón que lo justifica), no se debe olvidar que a pesar del rótulo que se le imponga, es una regla técnica que se la puede combinar con su contraria o se la puede moderar sin que se desarticule o se acabe el mundo (código). Vale como ejemplo, un verdadero principio: el de lealtad procesal. Sobre él sí que no podemos hacer lo que proponemos, pues no es una regla técnica sino un principio; así que no se lo puede combinar o tomar relativamente. O se la exige o no se la exige, pero no es relativa; mucho menos se la puede combinar con su contraria: la deslealtad.

Por lo anterior, la única manera de elegir correctamente nuestras reglas técnicas es evaluar desde las perspectivas antropológica, sociológica, sicológica, finan-

ciera y tecnológica la situación por regular. Para ello debe aplicarse la técnica de la administración, la cual posee un método al respecto y así planificar en debida forma nuestras actuaciones para enfrentar las contingencias futuras y las situaciones actuales de nuestra administración de justicia. La administración, pues, es una herramienta invaluable en la tarea de elegir nuestras reglas técnicas. Otro beneficio que nos trae esta distinción de los principios, consiste en que estas reglas de logística (técnicas) pueden ser gestionadas sin afectar la esencia de un código, lo cual le otorga flexibilidad al legislador cuando decida intervenir. Por último, se deben tener en cuenta las problemáticas planteadas anteriormente para lograr un mejor resultado en esa escogencia.

Pasemos ahora a analizar algunos ejemplos concretos para finalizar este capítulo y así llegar a nuestras conclusiones.

Reglas técnicas dispositiva e inquisitiva

Estas plantean la disyuntiva entre dejar a las partes la iniciativa del proceso o entregársela al juez. Para el derecho civil la regla técnica dispositiva reviste gran importancia, pues se asume que para estos asuntos y dado su carácter, es necesario que las partes o los particulares inicien o demanden la intervención del Estado. Esta regla resulta más que adecuada a pesar de su tinte neoliberal. Para Foucault (2008), el Estado debe ser lo menos intervencionista posible; es la forma más adecuada y eficiente de gobernar.

No obstante, me parece un verdadero prejuicio esa proposición. Ello simplemente conduce a quitarle responsabilidades al Estado –lo que obviamente favorecerá su actuar– pero no para nosotros, que establecimos como principio o modelo el ser un Estado social de derecho. La cláusula social agrega al Estado de derecho la obligación de ser un Estado prácticamente prestador o por lo menos garantizador de bienes y servicios necesarios para la subsistencia humana, en las condiciones que su dignidad exigen. Así, hay dos modelos para desarrollar ese principio: uno en el cual el Estado es prestador o benefactor de todos y en el cual la iniciativa privada es anulada, como en los Estados socialistas. Otro, donde el Estado se retira –casi como lo propone Foucault– y solamente actúa para defender el pleno empleo y las garantías salariales y así cada persona puede adquirir los bienes y servicios que desee.

Ambos, como lo ha de mostrado la historia, en su manera pura son protuberantes errores. Así, no hemos visto un Estado socialista exitoso y mucho menos uno comunista. Por otro lado, en países como Estados Unidos donde históricamente

se ha tenido aversión a la intervención del Estado, la tendencia actual por el peso de las circunstancias es imponerle al Estado más responsabilidades sociales, como la reforma a la salud del presidente Obama.

Por ello me parece criticable la postura de Foucault, en cuanto la experiencia ha demostrado que la mejor solución es la combinación de modelos. Sin embargo, en lo que sí me encuentro cerca de Foucault es que la no intervención del Estado en los asuntos particulares es una garantía individual y democrática. Es decir, la intervención del Estado a pesar de cualquiera buena intención, es invasiva y es restrictiva de las libertades individuales y por ello debe ser mínima.

Se pudiera pensar que la iniciación de un proceso por parte del Estado es benéfica y una justa defensa del ordenamiento jurídico y del damnificado. Sin embargo, es una invasión o intervencionismo injustificado (salvo en contadas ocasiones) que desconoce las libertades individuales y los principios democráticos. Solamente un “orate”⁷⁸ el Quijote de la Mancha, va por el campo *desfaciendo* fechorías sin ser invocado a ello. La justicia es el paradigma de lo que es un concepto relativo. Si se impone con procesos propiciados por el Estado, estaríamos en presencia de un Estado dirigista o confesional que quiere imponer sus concepciones axiológicas a los individuos. Como muchas veces lo hemos, el derecho, el derecho procesal y la administración de justicia son mecanismos para atemperar o regular grupos y lograr una convivencia que los haga estables. Empero, en el caso de que un particular no desee incoar una acción sin más, ya se ha logrado ese objetivo.

Es decir, no es nada menos que vulgar la actuación de abogados que persiguen ambulancias para instigar a los heridos a demandar con cualquier pretexto (como vemos en una serie de burlas en la televisión norteamericana). Cuando un par-

78. Esto lo afirmo entre comillas, ya que considero que nuestro Quijote no estaba loco, aunque esto decepcionaría a Freud que aprendió español para conocer en su idioma natal, al loco más célebre de la historia:

“¡Ta, ta! —dijo Sancho—. ¿Que la hija de Lorenzo Corchuelo es la señora Dulcinea del Toboso, llamada por otro nombre Aldonza Lorenzo?... Bien la conozco y sé decir que tira tan bien una barra como el más forzado zagal... que es moza de chapa, hecha y derecha y de pelo en pecho... ¡Oh hideputa, qué rejo que tiene, y qué voz!...

“...Dos cosas solas incitan a amar más que otras —responde Don Quijote— que son la mucha hermosura y la buena fama, y, estas dos cosas se hallan consumadamente en Dulcinea... Y para concluir con todo, yo imagino que todo lo que digo es así, sin que sobre ni falte nada, y pñtola en mi imaginación como deseo... Y diga cada uno lo que quisiere; que si por esto fuere reprendido de los ignorantes, no seré castigado de los rigurosos”. (Cervantes Saavedra, Miguel de. *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Bogotá D.C., Intermedio Editores, 1999. p. 180-181).

ricular por cualquier motivo no se siente ofendido ni exige una satisfacción por las afrentas que haya recibido, bien porque lo que significan económicamente no es de importancia, bien porque quiere evitar el esfuerzo de acudir a la jurisdicción o bien porque su fe lo obliga a poner la otra mejilla, en estos casos no hay convivencia que lograr; ya está lograda de manera privada y sin esfuerzo de la administración de justicia.

Así, no solo porque es una intervención injustificada del Estado lesiva de libertades básicas y de principios democráticos; no solo porque se hace innecesaria la intervención del Estado como pacificador para resolver los conflictos entre los particulares cuando ellos no se sienten ofendidos, sino porque atenta contra la economía de la organización administradora de justicia el iniciar procesos innecesarios, es que la regla técnica dispositiva es más que adecuada. Por supuesto, dicha regla técnica no es ilimitada; debe estar combinada. Es decir, solo se aplica en la iniciación de un proceso y en la limitación de la decisión del juez a las pretensiones incoadas.

Por el contrario, por la necesidad de fallar de acuerdo con la verdad (con la noción de verdad que el juez se pueda formar objetivamente) y no en virtud del premio al más astuto o fuerte; por la necesidad de dirección del proceso —necesidad claramente administrativa pues la sentencia difícilmente se logrará sin la intervención activa del juez— la regla inquisitiva luego del efecto de la dispositiva de iniciar el proceso, debe ser la que impere.⁷⁹ Esto porque la regla técnica dispositiva tiene fuerte raigambre en el derecho sustancial; porque se debe limitar al Estado en sus facultades interventoras; porque cuando no hay conflicto el Estado no debe intervenir; porque si interviene afecta el principio de economía procesal; por todo ello, es que estamos de acuerdo en que este punto se siga tratando como se ha venido haciendo, es decir, por el código actual de procedimiento civil.

Por todo lo dicho, un verdadero principio resulta de la combinación de dos reglas técnicas. Algo inaceptable para los verdaderos principios, pero dada su importancia, debe estar ubicado al lado de los verdaderos principios pues debe informar a todo el código en su interpretación (aunque no sea en realidad uno de ellos). Es sin más, un verdadero criterio filosófico o político según López Blanco (2007). Tanto la iniciación como la limitación de la actividad del juez

79. Ello —lo explica López Blanco (2007)— siempre ha sido así. Solamente una mala interpretación de la regla ha hecho pensar que significa que todo el peso recae en las partes. La regla técnica dispositiva es un diseño que comparte responsabilidades entre juez y parte.

en la sentencia por las peticiones o pretensiones,⁸⁰ deben estar sujetas a la regla dispositiva; en lo demás, es la regla inquisitiva la que debe primar y con ello vemos un “principio” que resulta de la combinación de dos reglas técnicas, lo que resalta su carácter de tales.

Problemática oralidad/escritura y única/segunda instancia y mediación/inmediación

Paso ahora a analizar otro caso de la problemática a la hora de escoger las reglas técnicas, caso bastante complejo que debe analizarse de acuerdo con los principios de la administración o de la realidad.

La celeridad de la justicia es un bien supremo, un principio absoluto, ya que nadie se atrevería a postular la tardanza como principio o en combinación con la celeridad. En los casos más complejos se justifica alguna demora en su trámite, pero no que se actúe con tardanza o demora deliberadas. Es decir, dentro de ese trámite dispendioso se debe actuar de todos modos con celeridad.

Este bien supremo, no obstante, encuentra limitaciones. El derecho nos demostró hace ya tiempo que muy pocas cosas son absolutas, incluso los mismos derechos fundamentales encuentran limitaciones, como los trámites necesarios para llegar a una sentencia, las oportunidades para oponer algunos recursos o para defenderse. Así por ejemplo, una limitación a la consecución pronta de estabilidad, de seguridad jurídica, una limitación a la consecución pronta de la cosa juzgada es la doble instancia que alarga los trámites para llegar a ese objetivo.

Ahora, la doble instancia se justifica de múltiples maneras: por el enamoramiento natural del humano con sus posiciones, lo cual hace que el mismo juez no revoque ni reforme su decisión a través de la reposición y por tanto se hace necesario que otro revise y decida definitivamente; por la revisión que un juez más experto hace al trámite adelantado por uno de inferior experiencia en el derecho, lo que le facilita detectar errores pasados por alto; por la revisión que en algunos casos se hace por un juez colegiado, lo cual garantiza el debate democrático pues son varios los sujetos que inspeccionan la decisión objeto de

80. Lo que facilita incluso el derecho de defensa, pues si quien inicia un proceso incoa unas pretensiones, el demandado, gracias a esa limitación, se puede defender cabalmente, pues sabe de qué tiene que hacerlo. Pero si el juez por voluntad pudiera en la sentencia reconocer lo que quisiera o lo que encuentre probado, el demandado se tendría que defender no solo del demandante sino del juez, con el agravante de que de este último no se podría defender porque su ataque solo saldría a la luz en la sentencia.

ataque. O simplemente se justifica por encaminar la natural rebeldía que siente el perjudicado con la decisión, que de no ser revisada podría desembocar en violencia. Es una forma civilizada de mostrar descontento.

Pero no es un principio,⁸¹ según la definición que hemos considerado. Todos estos argumentos pueden ser desvirtuados y acoger la regla contraria: la única instancia, pues la razón última de todos los argumentos expuestos en favor de la doble instancia es la búsqueda del acierto en la decisión. Así, la revisión en sus múltiples facetas busca el acierto y si este es garantizado de otra manera la doble instancia pierde sentido. Lo mismo sucede con el argumento de encauzar el descontento del perjudicado por la decisión. Este no debe sentir tal disgusto si se le garantiza un examen profesional, exhaustivo y profundo de la decisión por jueces capacitados e incluso colegiados y en virtud de todo ello y como consecuencia, se le garantiza en mayor medida el acierto.⁸²

Por ello, la doble instancia no es un principio, ni una medida necesaria para garantizar la recta administración de justicia o el acierto en las decisiones. Incluso, va en contravía de la celeridad, pues es un reproceso que si se buscara desde un principio el fin último que se pretende, es decir, el acierto en la decisión, no sería necesaria esa otra instancia. Devis Echandía afirmaba que a la única instancia se debía llegar algún día como objetivo deseable y que se debía combinar con jueces colegiados y oralidad.

Así, la regla técnica de la única instancia tiene muchas ventajas. Primero, se compagina con la celeridad; segundo, podría pensarse que exige jueces colegiados; tercero, si no los exige colegiados por lo menos los exige muy capacitados; y cuarto, es la única que se compagina adecuadamente con la oralidad, regla que influencia positivamente la celeridad. Pero, siguiendo lo dicho, ¿por qué la

81. Incluso, vemos múltiples excepciones como lo son los procesos de mínima cuantía o los adelantados por la Corte Suprema de Justicia en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el Gobierno.

82. Aquello, sin más, es uno de los costos de vivir en sociedad. Muchas veces hay que aceptar ciertas cargas como la decisión definitiva de un juez, así este se pueda eventualmente equivocar. Por ello, no se entiende cómo hay iniciativas legislativas en el Congreso de la República para acabar con la única instancia en los procesos penales en contra de congresistas. El fuero antes que un castigo es una garantía de acierto, pues se acude a un juez plural, la Corte Suprema de Justicia, que en el papel es el juez más capacitado para el tema, el más experto y el único del país que puede soportar las presiones políticas y sociales en torno a un juzgamiento de ese carácter y buscar la decisión acertada.

única instancia es la única regla técnica que se compagina adecuadamente con la oralidad, ambas benéficas para la celeridad?

Como ya lo habíamos adelantado, la doble instancia depende irremediablemente de un mecanismo eficiente para transmitir información del juez de primera instancia al de segunda y ese mecanismo es la escritura. Por tanto, debido a que lo que se hace en la segunda instancia es una revisión con fines revocatorios o modificatorios (porque la confirmación no es un fin), se debe dejar claro cuál es el blanco u objeto de ataque. Por ejemplo, en la apelación ese objeto es todo lo actuado en el proceso por ser un recurso panorámico.⁸³ Sin embargo, se puede limitar el objeto a un segmento del proceso y la situación presenta las mismas dificultades. Es un objeto extenso pleno de particularidades.

Entonces, al revisar muchas cosas es más fácil que el blanco sea una sentencia escrita y se atacará principalmente lo consignado en ella, pues en definitiva siempre será un resumen.⁸⁴ Es más fácil que el objetivo de ataque sea un escrito a que lo sea la gran cantidad de información que puede almacenar un medio técnico que conserve lo actuado oralmente.

Ello explica las disputas entre jueces. Debido a que la oralidad es una regla que se acomoda esencialmente a la única instancia, para el juez de primera instancia es muy oportuno no escribir y limitarse a escuchar, analizar todo lo necesario y emitir sentencia allí mismo. En cambio, al juez de segunda instancia, merced a esta incompatibilidad entre oralidad y doble instancia, le resulta enojoso recibir

83 Hoy, claro, según el Código General del Proceso ello no resulta tan cierto.

84. Así muchos jueces no tengan idea de resumir y es un resumen debido a que es imposible que por escrito se consigne cada detalle de la realidad, lo cual incluso, resulta imposible para los literatos. Recordemos la introducción que Gabriel García Márquez hace en *El General en su laberinto*. En ella, a pesar de su riqueza descriptiva de casi poder ver saltar al delfín, no se recogen todos los detalles de la realidad, por otro lado innecesarios para la idea que quiere transmitir el autor:

“José Palacios, su servidor más antiguo, lo encontró flotando en las aguas depurativas de la bañera, desnudo y con los ojos abiertos, y creyó que se había ahogado. Sabía que ése era uno de sus muchos modos de meditar, pero el estado de éxtasis en que yacía a la deriva parecía de alguien que ya no era de este mundo. No se atrevió a acercarse, sino que lo llamó con voz sorda de acuerdo con la orden de despertarlo antes de las cinco para viajar con las primeras luces. El general emergió del hechizo, y vio en la penumbra los ojos azules y diáfanos, el cabello encrespado de color de ardilla, la majestad impávida de su mayordomo de todos los días sosteniendo en la mano el pocillo con la infusión de amapolas con goma. El general se agarró sin fuerzas de las asas de la bañera, y surgió de entre las aguas medicinales con un ímpetu de delfín que no era de esperar en un cuerpo tan desmedrado”.

medios magnéticos que guardan infinidad de información irrelevante (cómo se ajustó la cámara o la grabadora, pruebas de sonido, recesos, interrupciones, etcétera). Así, recordamos de nuevo a Devis Echandía: única instancia, jueces colegiados y oralidad. ¡Simplemente visionario!

Pero, aunque se pudiera afirmar que la situación no puede complicarse más, se da una circunstancia extra que colorea este escenario. La situación se agrava si aseveramos que la doble instancia puede ser considerada un derecho constitucional. En derecho penal definitivamente lo es y esto se complica si consideramos que la escritura tiene también un arraigo milenar.⁸⁵ En conclusión, la doble instancia y la oralidad son incompatibles, lo que deja a la celeridad en medio de este fuego cruzado. Una desarticulación como esta dentro de la organización administradora de justicia da al traste con sus objetivos.

Por su parte, aquí entra también en juego la mediación o la inmediatez. Simplemente, es evidente que la mediación es una regla imprescindible para desarrollar la segunda instancia. En la segunda instancia muy pocas veces el juez practica pruebas directamente; siempre recibe el trabajo hecho por el juez de primera instancia y sobre él se basa. Por lo tanto, afirmar a la inmediatez como un principio⁸⁶ simplemente es una mentira incapaz de ocultar la ineludible realidad de la presencia de la mediación.

De alguna manera, la oralidad y la escritura como la doble instancia, la mediación y la inmediatez, deben encontrar recibo en nuestro código así resulten incompatibles. Sin embargo hay que tener en cuenta múltiples aspectos. Primero, es imperativo analizar la realidad concreta desde diversos puntos de vista para regularla, aunque que el asunto no se reduce a lo que clásicamente se ha considerado el principal escollo para la oralidad: los recursos técnicos y financieros. Al respecto de esos dos problemas, implementándolas de manera gradual y con voluntad política se podría llegar a superar esa dificultad.

La realidad más importante que se debe analizar previamente, estriba en que la oralidad es un método eficiente para conseguir celeridad en la administración de justicia, pero resulta incompatible con la doble instancia. Por su parte, esta última puede ser considerada un derecho fundado en la Constitución, por lo

85. Es un error calificar ese arraigo como vernáculo o mala herencia española. El apego a lo escrito se debe a que tradicionalmente ha sido la forma de sujetar los mundos humanos enunciado. El hombre vive en nociones de realidad dichas en el lenguaje y aseguradas y petrificadas en la escritura. No es gratuito el apego que todos tenemos por la tinta y el papel.

86. Como lo hace el Código General del Proceso.

cual no se la puede ignorar. Es más, aún en el escenario de no estar contenida en la Constitución, se puede considerar como una regla no escrita de nuestras sociedades (una postura filosófica o política), pues se la considera un verdadero derecho (aún cuando no lo es, sobre todo si se reconoce que el acierto se puede garantizar de otras maneras).⁸⁷ Como vemos, el tratamiento de esta regla técnica es más que complejo y merece un análisis concienzudo de las realidades prácticas.

Como segunda medida, propusimos que como método luego de hacer el análisis anterior de las realidades concretas (fácticas y jurídicas) bajo la lente de diversas perspectivas, se deben investigar las relaciones que tengan las diversas reglas técnicas que se quieran implementar. Por ello analizamos ya cuál puede ser la problemática entre oralidad, escritura, doble instancia y mediación e inmediación.

Tercero, se sugiere atemperar el espíritu a la hora de abordar el problema. Cabe recordar que ninguna regla técnica es principio, por tanto no se debe sentir apego especial por ellas ni pensar en un todo o nada al respecto. En esta órbita y como cuarta sugerencia fundada en la anterior, hay que estudiar las diferentes posibilidades de combinación entre reglas técnicas, porque al ser reglas técnicas lo permiten y porque en ocasiones es la única salida. En virtud de todo ello, lo que queda claro es que acerca de esas tres reglas técnicas (oralidad, escritura, doble instancia y mediación e inmediación) no hay más salida que su combinación.

Lo deseable —como lo propusiera Devis Echandía— es la oralidad que instiga la celeridad con el establecimiento de la única instancia; eso sí, con jueces debidamente preparados y en lo posible colegiados. Algo por demás factible si se tiene en cuenta que se suprimirían muchos grados de jurisdicción y muchos despachos, lo cual facilitaría la creación de suficientes cuerpos colegiados de jueces. Sin embargo, al no poderse desconocer la doble instancia constitucionalmente en la actualidad, la única solución posible —insisto— es la combinación.

La oralidad, al beneficiar la celeridad debe ser (o puede ser) la regla técnica principal, pero por persistir la necesidad de la doble instancia, aquella debe ceder espacio y concederlo a la escritura a la hora de surgir un trámite de segunda instancia o de comunicar información entre funcionarios; en lo demás, la escritura debe ser proscrita. Esto, por su parte, ineludiblemente conllevará

87. Incluso, cuando un abogado considera inoficiosa la apelación por estar condenada al fracaso y no la propone, se ve enfrentado a la posibilidad de que le inicien un proceso disciplinario por faltas a sus deberes y aunque argumente que el recurso no tenía viabilidad, se le contraargumenta que eso lo decide el juez de segunda instancia (ver López Blanco, 2007).

el desarrollo de la mediación ya que el juez de segunda instancia no efectuará la mayoría de actuaciones personalmente, por lo que el compromiso del código con la mediación debe ceder.

Por tanto, la enseñanza de todo lo anterior radica en que las reglas técnicas no son principios. Al estar frente a ellas hay que atemperar el espíritu y ser transigentes, pues ninguna es indispensable o necesaria para la buena elaboración de un código y la buena administración de justicia.

Por ello, de acuerdo con las reglas de la administración al respecto de la elección de nuestras reglas técnicas, se debe evaluar, planificar, organizar, dirigir y controlar, sobre la base de que las reglas técnicas son herramientas de gestión y por sus características se deben tener en cuenta las realidades prácticas (incluidas las jurídicas) y las relaciones –problemáticas o no– que puedan haber entre las reglas técnicas preseleccionadas, además se debe suavizar la actitud respecto de ellas al tener presente que ninguna es absoluta ni merece fidelidad total, y recordar que se las puede combinar para obtener mejores resultados.

Mediación e inmediatez

Estas reglas técnicas demuestran más que cualquiera, la necesidad de evaluar la realidad y preguntarse por la necesidad de combinarlas, a pesar de que una de las reglas, a saber, la inmediatez, es objeto de apego psicológico por parte de sus defensores. Lo más curioso al respecto es que esta regla técnica no obstante ser considerada un verdadero principio por casi todas las legislaciones,⁸⁸ es la realidad la que le imprime su fisonomía o “regulación”, combinada con su némesis por el peso de las circunstancias:

Los jueces no están en capacidad de cumplir con la inmediatez, tal como se contempló y debe ser. El derecho procesal consulta como pocos la diaria realidad, y

88 Así, para citar algunos ejemplos, el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México en su artículo 60 destaca que “Los jueces y magistrados a quienes corresponda recibirán por sí mismos las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad”; el Código Procesal civil y comercial de la nación argentina en su artículo 34 impone como uno de los deberes del juez “asistir a las audiencias de prueba bajo pena de nulidad y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas cuya delegación estuviese autorizada”; el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil colombiano igualmente consagra lo siguiente: “Juez que debe practicar las pruebas. El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiera hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique” (López Blanco, 2007, p. 117).

ésta nos muestra... acuciosos funcionarios judiciales evacuan simultáneamente tres o cuatro diligencias, limitándose el juez a hacer esporádicos actos de presencia en cada una de ellas para cumplir con el precepto sin obedecerlo y sin que realmente se entere de lo que ocurre en cada audiencia (López Blanco, 2007, p. 114).

Como vemos, muy a pesar de lo legislado y de las bondades teóricas de la inmediación,⁸⁹ la realidad ha “regulado” mejor estas reglas técnicas que el mismo Código de Procedimiento Civil. Complementamos diciendo que uno de los hechos antropológicos más importantes que se desarrolla a la fuerza en los juzgados, es la división del trabajo. Esta característica es fundamental en la descripción de los hechos humanos y de sus sociedades. Así, por la fuerza de este hecho, la muy bien defendida y acogida inmediación en la práctica resulta combinada con la mediación o la división del trabajo y los auxiliares del juez terminan haciendo el trabajo y este se limita a “aparecer esporádicamente” en cada audiencia a fin de cumplir (de dientes para afuera) con el “principio” de la inmediación.

Sería necio cuestionar la bondad de la inmediación en el campo teórico, pues ella facilita el diálogo directo entre las partes y el juez. Fundamentalmente requiere que el juez esté presente en el desarrollo de las pruebas, dado que la percepción directa es muy benéfica para ese fin. Pero en el terreno de la realidad, ¿es posible cumplirla?

Solo como elemento de juicio para que sea tenido en cuenta por futuras codificaciones y después de hacer el análisis fáctico que bajo la lupa de la administración proponemos, citamos a López Blanco (2007), quien luego de mencionar la problemática de “amalgamar inmediación con oralidad” conceptúa:

Cada día son más pesados y lentos los trámites de los procesos civiles. Y la solución no es, como usualmente se afirma, aumentar el número de jueces. No, no todo radica allí, pues periódicamente se presenta ese aumento en los funcionarios judiciales y el problema persiste. La aplicación, casi sin excepciones, de la inmediación, es otra de las causas, por lo que urge crear los jueces civiles de instrucción, funcionarios que colaboren con los jueces del conocimiento en la evacuación de pruebas y prácticas de diligencias civiles, en especial aquellas que implican desplazamiento del juez de

89. No obstante la evidente bondad teórica, resulta imposible cumplir integralmente con esta regla de la inmediación que toma visos de utópica, y por tal razón son importantes las excepciones que se han consagrado en la legislación colombiana. En efecto con la ley 794 de 2003 se adicionó el art. 183 del C de P. C. un parágrafo, en el que se autoriza para que las partes de común acuerdo y sin la presencia del funcionario judicial puedan practicar toda clase de pruebas (López Blanco, 2007, p. 112).

su despacho, ya que cuando tal cosa ocurre la actividad del despacho se paraliza por razones obvias (pp. 113-114).

Con lo expuesto se pretende que al momento de redactar un código de procedimiento se le dé una oportunidad y se analice esa realidad antropológica llamada división del trabajo. Ello nos introduce en otra problemática alusiva a las relaciones entre reglas técnicas. La división del trabajo al igual que la doble instancia (pues creo esta última es una especie de la primera) presenta la misma dificultad acerca de los medios de comunicación entre funcionarios.

Es obvio que cuando se divide el trabajo de esta manera hay que considerar las formas de comunicación entre los funcionarios para facilitar su labor. Es análogo a lo que sucede cuando un juez de primera instancia debe comunicar su decisión y actuaciones del proceso al de segunda instancia para que este las revise. También lo es a aquello que sucede con un funcionario de instrucción que desarrolla cualquier actividad (como la recepción de pruebas) y tiene que comunicar esa información al juez de conocimiento. Incluso, es lo mismo que si se habilitara al secretario para hacerlo. A pesar de que todo sucede dentro del mismo juzgado se haría sin la presencia del juez, así que el secretario también tendría la necesidad de comunicar su actuación a este para que este desarrolle la labor que le corresponde.

De regreso al tema de las relaciones entre reglas técnicas, ¿qué regla técnica sería más favorable a esta posible división del trabajo? ¿La oralidad o la escritura? Al respecto ya nos hemos referido al analizar la problemática de las instancias y la comunicación y como este caso es profundamente análogo, no haremos más comentarios pero sí dejamos planteada esta preocupación, pues al analizar el contenido de un código de procedimiento judicial, necesariamente se debe prestar atención a ello.

Regla técnica de la conciliación o de los métodos alternativos de solución de conflictos

Esta será la última regla que analizaremos, sin que por ello consideremos agotado el vademécum o la discusión que al respecto pueda generarse. Sobre esta regla técnica resalto un punto específico que me parece de vital importancia, tenido en cuenta también por Reyes Villamizar (2009).

Puede que los métodos alternativos de solución de conflictos sean una buena opción, un síntoma de educación, de cultura, de civilización (algo que no puede ser nada más que un prejuicio). Sin embargo, como lo señala el autor citado y lo

olvidan quienes no ven otra solución para la administración de justicia que la de desjudicializar todo, los métodos alternativos de solución de conflictos podrían generar eventualmente, descongestión en los despachos judiciales, pero ello dependerá siempre de la eficacia en la administración formal o suministro de justicia por el Estado. Es un error tomar como máxima infranqueable aquello de que “más vale un buen arreglo que un buen pleito”. Al decir de Reyes Villamizar (2009): “Ha hecho carrera entre nosotros el conocido cliché según el cual todo conflicto legal debe, por necesidad, conciliarse antes de que una autoridad se pronuncie sobre el fondo del asunto debatido.” Es un error sin más, por una fundamental razón: todo método alternativo de solución de conflictos descansa en la amenaza, aparente o real, de una posterior y eficaz demanda formal ante los entes administradores de justicia.

Otro cliché de muestra lo que afirmamos. En último año de derecho en el desarrollo del consultorio jurídico, nos enseñan a todos como fórmula mágica para hacer que quienes acuden a ese servicio concilien, que debemos mencionar lo siguiente: “Les recordamos a los presentes que de no conciliar en esta ocasión, posiblemente se vean sujetos a un proceso judicial, lo que podrá acarrear los normales problemas que dicha situación genera, como embargos, secuestros, remates, etcétera.”

Esto lo que muestra a las claras es una verdad evidente: la efectividad de los métodos alternativos de solución de conflictos depende de la misma efectividad de la administración de justicia en solucionar los litigios que conozca. Es decir, si la administración de justicia es una burla, un ente ineficaz, poco les importará a las personas solucionar privadamente sus conflictos, pues no estarán sujetas a la responsabilidad jurídica de sus acciones en virtud de una justicia inoperante.

Esa amenaza, para quienes son convocados a un método alternativo de solución de conflictos, no resulta ser más que un mal chiste y ante ella lo más probable que expresarán es un reto a la otra parte para que demande, pues por la inoperancia de la justicia será estala que más perderá con un proceso judicial. Solo en la medida en que aumente la posibilidad de litigios exitosos ante la jurisdicción estatal, se generará un incentivo para los particulares a fin de que concilien sus pretensiones, incluso se mejorarán sus términos, pues la amenaza de la justicia estatal será real y dañosa para quien no concilie.

De esta manera, se debe cuidar para la redacción de un código de no abusar de esta solución y engañarse creyendo que si se apuesta todo lo que tenemos a la solución alternativa de conflictos, se solucionarán todos los problemas de la administración de justicia.

La solución alternativa de conflictos descansa en un suministro eficaz de justicia. Sin ello, cae en el vacío la amenaza de una demanda o cualquier responsabilidad contractual o extracontractual, lo que afecta la misma juridicidad de las obligaciones.⁹⁰ Por ello, alertamos de nuevo ante el peligro de abusar de la idea de que los métodos alternativos de solución de conflictos son la única salida para la administración de justicia. Estos pueden ser un complemento, pero jamás deben ser la idea central de la organización para administrar justicia. Esta tendencia no es nada más que una ingenuidad absoluta, pues su efectividad descansa en una eficaz administración o suministro estatal o formal de justicia. Esto se debe tener muy en cuenta al redactar un código de procedimiento judicial.

90. En la introducción del Título I mencionamos que si no se da un suministro de justicia eficaz, las obligaciones jurídicas dejan de serlo, pues lo que las caracteriza es la posible coacción que se puede ejercer para que sean cumplidas. Si no existe esta, dejan de ser jurídicas. Creemos que lo que caracteriza las normas jurídicas es la fuerza que se ejerce para cumplirlas. Es un craso error intentar encontrar otra diferencia, pues lo que sucede es que son profundamente análogas con otros sistemas axiológicos debido a que hacen parte del género llamado “ideologías” cuya función social y antropológica es lograr estabilidad y funcionalidad para la manera de vivir humanamente, como lo es vivir en sociedad.

CAPÍTULO IX

Tercer contenido esencial de un código de procedimiento judicial. Reglas específicas de gerencia y administración

La administración, es esencial para nuestra administración de justicia. Esta última es una organización estatal prestadora de un servicio público, a saber, la justicia, que tiene necesidades de producción y por tanto de organización, planeación y gestión de recursos, problemáticas que necesitan un tratamiento adecuado pero sobre todo profesional y es la administración la técnica natural para gestionar esas complejidades. Se deben tener en cuenta estas características, la principal realidad de ese ente que nos ha tenido ocupados durante todo este texto, realidad que queremos enunciar a continuación.

La administración de justicia es, ante todo, una organización; es decir, es un ente con fines específicos y como tal es objeto de estudio por parte de la administración. Entonces, ¿cómo podemos negarnos a acoger la técnica que tiene como su objeto de estudio nuestra preciada organización administradora de justicia? Ello no es razonable. Es un servicio público esencial para la continuidad de una sociedad que debe ser garantizado y no es factible que los particulares lo presenten, razón por la cual el Estado debe intervenir para asegurar su continuidad.⁹¹

91. Acerca de ello, recordamos a Ramiro Bejarano Guzmán cuando en alguna ocasión fue citado a alguna comisión en el Congreso de la república y rememoraba que las últimas cosas que un Estado está dispuesto o debe estar dispuesto a privatizar (para atemperar lo dicho

Es, por otro lado, una organización prestadora de un servicio llamado justicia, el cual tiene un costo, un mercado, clientes o usuarios y requiere una infraestructura, una organización y unos recursos. Todo ello es objeto de estudio de la administración, naturalmente. Este servicio debe ser mayormente prestado por un ente estatal y ello agrega complejidades a la producción que deben ser afrontadas, principalmente la referente a sacar del escenario las ganancias económicas que tanto beneficio traen a las organizaciones por darles un objetivo claro e incluir las ganancias sociales que traen una eficaz administración de justicia y al no poderse contar o medir fácilmente, son olvidadas fácilmente por quienes toman las decisiones.

Todas estas son realidades que debe tener en cuenta nuestro código. La administración es un verdadero principio, por ello y para desarrollar lo que planteamos como tema de este capítulo, es decir, establecer reglas concretas de administración o gerencia, nuestro código debe tener desde el principio, claras posturas administrativas al respecto.

Así, debe planificar estableciendo sus objetivos, no solo el principal (obvio y último objetivo que es el eficaz suministro de justicia), sino también metas más próximas que la lleven a alcanzarlo. Posteriormente, debe organizar esta estructura u organización llamada administración de justicia de manera que se logre un uso más eficiente y racional de los recursos.

Seguidamente, debe dirigir estableciendo claramente jerarquías y en lo posible órganos administrativos o ejecutivos que se encarguen de esta labor. Por ejemplo, se debe repensar la estructura del Consejo Superior de la Justicia, aunque no creo que sea una necesidad acabarlo. Los abogados —no sé si también los magistrados— son indispensables a la hora de pensar las problemáticas y proponer soluciones a la administración de justicia). Por último, debe controlar los logros o metas planteadas, tanto finales como parciales y con base en ese control proponer cambios o ajustes a la planeación y organización originalmente pensada allí donde sea necesario. En definitiva, gracias a lo que proponemos el Código de Procedimiento Judicial debe postular lo que hemos llamado *derecho procesal flexible*, única manera de gestionar una organización como la administración de justicia.

En este principio se basa la necesidad de ejercer gerencia sobre las reglas técnicas las cuales deben ser continuamente revisadas y controladas. Esta labor se

a la lamentable realidad de Colombia) es el monopolio de las armas y la administración de justicia.

facilita si las identificamos plenamente, pues nos permite evaluar su efectividad en el momento de cumplir las metas propuestas y considerar los ajustes que sean necesarios. Pero, incluso basándonos en ello, se pueden establecer reglas más concretas de administración para definir planes de acción específicos no tanto jurídicos, sino eminentemente administrativos. Por ejemplo, se pueden establecer reglas concretas para el juez como administrador o gerente de su despacho, reglas que deben estar acompañadas con las propuestas por el código de manera general. Son reglas que a la manera de las facultades predominantemente jurídicas que se le otorgan hoy al juez, estarían para impulsar y guiar en sus labores plenamente administrativas a esa unidad productora de justicia llamada juzgado. Son órdenes que al respecto de la administración y siguiendo las políticas planteadas de manera general que desde un inicio se plasmarían en el código, se le darían al juez y le otorgarían responsabilidades expresas; es decir, obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento.

Por otro lado, se deben analizar las posibilidades de estructurar un esquema de división del trabajo más eficiente y extenso que practique las políticas generales definidas con anterioridad en un código, pues es la manera más eficiente y pronta de prestar el servicio de justicia. La doble instancia es un ejemplo de división del trabajo, pero esta no debe quedarse solo en ese punto sino extenderse, por ejemplo, a funcionarios instructores (quienes deben ser abogados) previamente capacitados.

Un juzgado es una unidad productiva incorporada a la organización y a pesar de ser más pequeña está compuesta de varios elementos o partes y no solo por el juez y debe ser organizada, distribuida y estructurada. Hoy lo que existe es un superadministrador —el juez— sobre quien recaen las tareas fundamentales de un juzgado y muchas otras que no lo son, esquema que nunca será eficiente. Trabajar, trabajar y trabajar es una falacia demagógica. Un superadministrador que se inmiscuye sin delegar en cada una de las tareas de una organización simplemente no es eficiente. Por ello, un aparte de un código se debe dedicar a la estructuración o diseño de sus principales unidades productivas: los juzgados, siguiendo el postulado básico de la humanidad y la antropología, a saber, la división del trabajo.

Por último, se debe revisar la estructura jerárquica —fundamental para toda organización— en la administración de justicia. Al Consejo Superior de la Justicia, a pesar de ser un órgano constitucional, no se le ve una vocación cercana a la administración. Su perfil es más jurídico que cualquier otra cosa, razón por la cual la inclusión en nuestro código de reglas más técnicas o administrativas

conduce a reflexionar acerca de la estructura jerárquica de la organización. Puede que sea útil conservar un ente eminentemente jurídico que esté a la cabeza de la administración de justicia; las realidades judiciales no son entendidas cabalmente sino por “abogados de baranda”.

Pero en su seno debe haber también un ente plenamente administrativo que conozca las realidades y complejidades de ese campo. Se debe confiar en el enfoque de los juristas que han acudido a la baranda por años para exigir o prestar el servicio de justicia para sus clientes; pero también se debe tener en cuenta el enfoque de los técnicos administrativos que saben tratar las problemáticas de los recursos y las organizaciones, para moldear las necesidades descubiertas y descritas por los primeros.

Al respecto hay propuestas legislativas o doctrinarias que hacen referencia a aquello que se puede conservar o cambiar que resultan compatibles con lo expuesto. El Consejo Superior de la Justicia, acompañado de un ente gerencial adscrito o independiente, es una opción legislativa. O se puede suprimir el referido Consejo y dejar la dirección a un ente eminentemente gerencial, lo cual también es otra opción. Son alternativas que deben ser sopesadas con técnica y planeación utilizando las multicitadas herramientas de la administración. Por nuestra parte, este ha sido simplemente un ejemplo académico; la elaboración y la práctica metódica de un código de procedimiento judicial nos darán las repuestas concretas a todos estos interrogantes en un espacio y tiempo determinados.

En conclusión, en un código se pueden establecer lineamientos y políticas administrativas no atadas a las reglas técnicas que guíen a sus funcionarios y los comprometan con los objetivos generales de la administración de justicia y del código. Sin embargo y en aras de la brevedad (porque estas reglas administrativas son cuestiones prácticas que no deben ser expuestas *in extenso*, pues las soluciones son tan variables como la misma realidad humana, rica y compleja) esa labor debe ser llevada a cabo por técnicos administrativos y abogados expertos, para que sean ellos quienes las propongan según estudios concretos y experiencias prácticas.

En otras palabras, si se acoge nuestra propuesta y la administración es tenida en cuenta como criterio básico o principio, no se debe desaprovechar la oportunidad que brinda un código para establecer reglas exclusivamente administrativas y concretas al respecto y dejar de lado el enfoque en cuestiones netamente jurídicas, a fin de articular dichas reglas con la estructura general del texto elegido para que sirvan como guía clara (y obligatoria) para los funcionarios de nuestra organización.

Conclusiones

El panorama que vivimos no puede calificarse como menos que crítico. La falta de efectividad real del derecho socava conceptos fundamentales como el Estado de derecho, la democracia, las normas jurídicas (pues desconoce su juridicidad) o las obligaciones, todos dependientes en gran medida de su aplicación obligatoria por parte de un aparato externo a los sujetos en conflicto; aquello lo podemos resumir como heterocomposición. Como todos sabemos, después de un largo camino que comenzó con la venganza privada, continuó en la ley del talión que la limitó al ojo por ojo y luego pasó a la autocomposición, el humano arribó a la necesidad de contar con una organización que prestara el servicio público de administrar justicia de forma permanente e imparcial.

Ese aparato hace acrecentar nuestra fe en el derecho cuando quienes somos espectadores vemos que la justicia se aplica de forma imparcial, objetiva, sin consideración a los sujetos que están envueltos en la disputa. Creemos que la justicia en realidad es un concepto y no un capricho momentáneo del juez y debe ser, por tanto, suministrado. Una pérdida de fe causada por la mala administración de justicia fue lo que desencadenó el escenario crítico e impío sobre la justicia descrito en la batalla épica y poética entre Homero y Hesiodo (Lorite Mena, 1982).

Hesiodo y su hermano Perses traban discusión acerca de la herencia paterna, Perses logra sobornar a los reyes-jueces y obtiene un veredicto (*verus*, verdad; *dictus*, dicho) favorable. Hesiodo, obviamente contrariado, observa sagazmente que el poder es determinante para definir la verdad y para competir con su hermano debe ubicarse fuera del sistema de creencias que sustenta el mundo de los reyes-jueces donde su batalla está perdida y debe arrebatar su poder ideológico para poder decir verdad a través de veredictos.

El mundo de los reyes-jueces y el sistema ideológico que lo fundamenta, estaban basados en la palabra homérica:

Homero recoge parte de estas leyendas (condenando otras a la inexistencia del silencio) y las estructuras (sic) según las necesidades psicosociales de los señores a los que sirve y las posibilidades de su genio personal. Su obra es la "historia santa" de unos señores según líneas genealógicas en las cuales encuentran el fundamento de su poder. Cada uno de estos señores provinciales justifica por medio del carácter heroico, semidivino, de sus (ficticios) antepasados (Aquiles, Agamenón, Ajax, Néstor...) el fundamento quia titulum de su poder: son hijos de los hijos de los dioses. El poder es su destino (Lorite Mena, 1982, p. 429).

Así, la historia fabuló pues nunca se dio la batalla o torneo poético entre Homero y Hesiodo. Hesiodo, repeliendo la verdad homérica, afirma que son las musas –sus musas– las que revelan la verdad a los hombres. Dicen: “... sabemos contar mentiras semejantes a la realidad; pero también sabemos, cuando queremos, proclamar las verdades” (ibíd., p. 432).

De esta manera, las musas advierten que el error ha guiado las cosas de los hombres y con ello Hesiodo empieza a excluir la verdad homérica –la de los reyes-jueces– del espacio humano (Lorite Mena, 1982). Este comportamiento de las musas explica esa sensación que tenemos de poseer la verdad y de que los demás están errados, ya que parecería que creemos todos que las musas nos han hablado con la verdad y mentido al resto. Es decir, las musas explican el diferencial que notamos en los mundos experimentados por cada sujeto y para el caso de Hesiodo, permite dudar de la palabra de todos, incluso la de los reyes-jueces.

Sin embargo, de alguna manera Hesiodo debe controlar la verdad; si no, su esfuerzo de poner en entredicho a los jueces sería en vano. Declara, entonces, que posee el cayado real frente al cual las musas no pueden mentir y por él le confían la dualidad de su palabra. En otras palabras, controla la dualidad y la verdad. Igual que antes, el poder sustenta las verdades humanas. El poder antes había sustentado la palabra homérica, el lugar de los reyes-jueces y el veredicto de Perses; ahora, Hesiodo por controlar el báculo, el poder sobre la palabra y sobre la dualidad de la palabra de las musas, detenta la verdad y se convierte en su vicario para los humanos.

La falta de fe es un factor que influencia la estabilidad de la palabra y por tanto de las verdades humanas. Por ello, la fe en el derecho es esencial para su firmeza y para la de los grupos o sociedades que sustenta. Solo con sentencias imparciales y objetivas que no tengan en consideración al sujeto que interactúa, es como el derecho se guarda de la subversión. Como en Hesiodo, una verdad dicha en veredictos comprados hace perder la fe.

La falta de fe es causa de rebelión y desajuste en un sistema ideológico y en los mundos que sustenta. Así, se evidencia la profunda y vital⁹² importancia del derecho procesal para el derecho y sus mundos (pues es el derecho es una ideología y por lo tanto sustento de los mundos humanos). La seriedad, la fe de todo el derecho descansa en el derecho procesal.

92. Vital, pues son sistemas adaptativos.

Solo a través del derecho procesal lo dicho por el derecho encuentra confirmación en la realidad y aquellas normas generales, abstractas e impersonales encuentran concreción en la sentencia. Una sentencia es el tótem gracias al cual podemos tocar a los dioses y los hacemos reales. Las sentencias que concretan lo etéreo son el fundamento de nuestra fe. Por ello, no debemos subestimar la necesidad que tenemos de obtener justicia, de que haya una organización prestadora de justicia eficiente en su labor. Como varias veces lo hemos anotado, la eficiente prestación del servicio de justicia es fundamental para los conceptos en los que estamos inmersos.

Por lo expuesto a lo largo de todo el escrito, resulta inconcebible que nos neguemos a usar las herramientas que nuestro desarrollo tecnológico y nuestra historia nos han legado. La administración es un desarrollo tecnológico, un método que organiza nuestro actuar y nuestro pensar y estructura nuestras organizaciones para que cumplan cabalmente sus fines. El derecho procesal pues, es una herramienta que nos permite hacer realidad nuestros mundos creados en la palabra y en el derecho, y que por lo tanto es fundamental para nuestro existir. Sin embargo, el derecho procesal es una herramienta que no puede actuar precipitadamente. Él mismo es una respuesta a la exigencia de que el derecho se aplique y sea real, pero sin irrespetar la dignidad y las libertades que como humanos tenemos. Es fundamentalmente debido proceso.

El derecho procesal busca hacer realidad la palabra dictada por el derecho de manera efectiva y pronta, pero bajo el respeto al debido proceso y a la celeridad, en el camino de hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial. Lo cual nos lleva a la conclusión (proposición fundamental de este texto) de que el derecho procesal y la administración deben ser la base para redactar nuestro código de procedimiento judicial. Solo a través de ambos se puede suministrar justicia de manera pronta y respetando el debido proceso.

Nuestra propuesta, por tanto, es algo que puedo llamar ahora la instauración de un *derecho procesal flexible*. Esto es, un derecho procesal que respete las realidades axiológicas de una sociedad; pero que, por el otro lado, sea capaz de reaccionar dinámicamente a las realidades cambiantes gestionando sus reglas técnicas de manera flexible; lo mismo que a la misma administración de justicia vista como una organización.

Esta es pues nuestra propuesta metodológica para redactar un código de procedimiento judicial como herramienta del derecho sustancial para convertir en *derecho real* una norma jurídica. Como lo recuerda el Devis Echandía (2006) la

justicia es más un problema de hombres (antropológico, me gusta decir) que de leyes. No podemos en mérito de todo lo expuesto, seguir ignorando ese fundamental aspecto; seguir ignorando la economía, la contabilidad, la sicología, la política, las matemáticas, la estadística, la historia, la geografía, la filosofía, la antropología; seguir ignorando el sustrato real o concreto de nuestra administración de justicia; ignorando una técnica eminentemente práctica comparable con el mismo derecho procesal por su carácter instrumental: la administración.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ed. Ariel.
- ATIENZA, Manuel. (2000). *Introducción al derecho*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- AUSTIN, John. (1998). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona. Ed. Paidós Trd. Genaro Carrió R. y Eduardo Rabossi.
- BALLESTEROS, Jesús. (1994). *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid: Ed. Tecnos.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. (2005). *Procesos declarativos*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. Tercera edición.
- CARACCILO, Ricardo. (2009). *El derecho desde la filosofía. Ensayos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC.
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. (1999). *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Bogotá D.C.: Intermedio Editores.
- DELLEPIANE, Antonio. (2009). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Ed. Temis.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1972). *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*. Segunda edición. Bogotá: Ed. ABC.
- _____. (2006). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- DERRIDA, Jacques. (1993). *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía: la retirada de la metáfora*. Barcelona: Paidós Ibérica.

- DOMÍNGUEZ ANGULO, Juan Pablo. (2009). *La ideología y la adaptación en la base del derecho*. Tesis de grado Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.
- FAYOL, Henri. (1971). *Administración industrial y general*. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- FERRARI, Vincenzo. (2012). *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- FREUD, Sigmund. (1924). *Psicología de las masas y análisis del yo*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva. Trad. de Luis López Ballesteros y de Torres.
- FOUCAULT, Michel. (2008). *Nacimiento de la biopolítica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FUSITO, Felipe. (1999). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- GADAMER, Hans-Georg. (2002). *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Editorial Trotta.
- GÓMEZ CASTAÑEDA, Omar Ricardo. Ensayo sobre la “Teoría de la administración”. <http://pensardenuuevo.org/ensayo-sobre-teoria-de-la-administracion/> (18 de marzo de 2011).
- GÓMEZ LARA, Cipriano. (1990). *Teoría general del proceso*. Octava edición. México: Ed. Harla.
- GUASTINI, Ricardo. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa. Trd. Jordi Ferrer Beltrán.
- HABERMAS, Jürgen. (1999). *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Ed. Taurus. Trd. de Manuel Jiménez Redondo.
- HART, H. L. A. (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- HEIDEGGER, Martín. (1998). *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica. Trad. José Gaos.

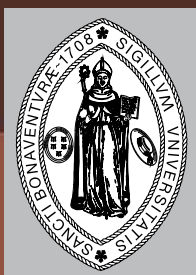
- HELLRIEGEL, Don; JACKSON, Susan E. y SLOCUM, John W. Jr. *Administración. Un enfoque basado en competencias*. Novena edición. México. Internacional Thomson Editores S.A de C.V. 2002. Trd. José Luis Nuñez Herrejon;
- HINESTROSA, Fernando. (2002). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- HOBBS, Thomas. (1994). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- HUME, David. (2005). *Tratado sobre la naturaleza humana*. 4ª ed. Madrid: Tecnos.
- KAUFMANN, Armin. (1977). *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- _____. (1997). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya.
- Kelsen, Hans. (1989). “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico”. En: *El otro Kelsen*. México D.F: Universidad Autónoma de México.
- _____. (1986). *Teoría pura del derecho*. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Trad. Roberto J. Vernengo.
- LARENZ, Karl. (1958). *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de derecho privado.
- _____. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán. (2007). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo I. Bogotá: Dupré Editores. Novena edición.
- LORITE MENA, José. (1982). *El animal paradójico. Fundamentos de antropología filosófica*. Madrid: Alianza Editorial.
- LUHMANN, Niklas. (1987). *Rechtssoziologie*. Opladen. Ed. Westdeutscher Verlag.
- MACFARLANE, Burnet. (1973). *El mamífero dominante. La biología del destino humano*. Madrid: Alianza Editorial.

- MENDONÇA, Daniel. (2000). *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- MORALES MOLINA, Hernando. (1985). *Curso de derecho procesal civil, parte general*. Novena edición. Bogotá: Editorial ABC.
- NIETZSCHE, Federico. (1984). *Así hablaba Zaratustra*. Medellín: Ed. Bedout.
- _____. (1985). *Humano, demasiado humano*. Madrid: Edaf Ediciones. Trad. de Carlos Vergara.
- PARRA QUIJANO, Jairo. (1992). *Principios de derecho procesal civil*. Bogotá: Ed. Temis.
- PECES-BARBA, Gregorio y otros. (2000). *Curso de teoría del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Ponds.
- POPPER, Karl. (1950). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- REYES, Agustín. (2004). *Administración moderna*. México D.F.: Editorial Limusa S.A.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. (2009). “Mejor un buen pleito que un mal arreglo”. En: *Revista Ámbito jurídico*.
- RICOEUR, Paul. (1991). *De otro modo. Lectura de “De otro modo que ser o más allá de la esencia” de Emmanuel Levinas*. Barcelona: Anthropos.
- ROSS, Alfred. (1971). *Lógica de las normas*. Madrid: Tecnos.
- SABINE, George H. (1998). *Historia de la teoría política*. Bogotá: Ed. Fondo de Cultura Económica Ltda.
- SÁNCHEZ, Luis Manuel. (2007). “¿Se origina la falacia en Hume?” En: *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. No. 30.
- SCHREIBER, Rupert. (1995). *Lógica del derecho*. México D.F.: Ed. Fontanamara.
- STONER, James; FREEMAN, R. Edward y GILBERT, Daniel R. Jr. (1996). *Administración*. Sexta edición. México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana S.A.

-
- TERRY, Goerge R. y FRANKLIN, Stephan G. (1988). *Principios de administración*. Quinta edición. México D.F.: Compañía Editorial Continental S.A.
 - TEUBNER, Günther. (1989). “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho”. En: *Revista. Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*.
 - VON WRIGHT, Georg. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos.
 - WITTGENSTEIN, Ludwig. (2002). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.



Esta investigación se apunala en un concepto fundamental: la comprensión y posterior aceptación de la diferencia entre los principios y las reglas técnicas en el derecho procesal. Por esta vía y con base en el hecho de que los principios son normas de naturaleza axiológica, tienden a ser absolutos y no admiten contrarios y las reglas técnicas por su parte, son de contenido práctico o logístico, el autor concluye que en relación con los primeros un código de procedimiento judicial debe ser absolutamente respetuoso, pero en lo tocante a las segundas (la tesis central del libro) debe ser práctico, gerente, móvil y sobre todo flexible. La propuesta apunta a que un código de procedimiento judicial debe diseñarse de tal forma que permita variar sus reglas técnicas a voluntad (de allí su flexibilidad), pasar de la oralidad a la escritura, de la mediación a la inmediación, de la primera a la única instancia y por todos y cada uno de los puntos intermedios entre estos pares antitéticos e incluso, aplicar estos cambios de manera sectorial para territorios o ámbitos judiciales específicos todo ello según las necesidades prácticas que surjan en un momento determinado y de acuerdo con la ciencia de la administración. Con esta obra, el autor sugiere cómo debe organizarse y funcionar la rama judicial de la administración de justicia; es decir, con base en criterios administrativos, pues según Domínguez a partir del problema del *ser* y el *deber ser* el funcionamiento de la justicia se ubica en el plano del ser y por lo tanto es objeto de estudio de las ciencias de esa esfera, entre las que se encuentra la administración.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Av. 10 de Mayo, La Umbría, carretera a Pance
PBX: (2) 318 22 00 - 488 22 22 - Fax: (2) 488 22 31
Línea gratuita: 01 8000 0913303
A.A. 7154 y 25162 - www.usbcali.edu.co