

**EL PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL.
UN ANÁLISIS DESDE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN CON RELACIÓN A
LA PRUEBA DE OFICIO**

OSCAR ORLANDO POSADA MEJÍA
Investigador

**Investigación para optar al
Título de Magíster en Derecho Procesal**

Prof. Mabel Londoño Jaramillo
Asesora Temática

Prof. Alba Luz Muñoz Restrepo
Asesora Metodológica

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
MEDELLÍN**

Septiembre de 2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema

Formulación del problema

Objetivos

General

Específicos

Propósito

Hipótesis

1. LA MORAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

1.1. Definición de la moral

1.2. Características de la moral

1.3. La moral en el contexto social

1.4. La relación Derecho – Moral

1.5. La moral en la jurisprudencia nacional

1.6. La positivización de los conceptos morales

1.7. El principio de buena fe: un principio de contenido moral, rector del ordenamiento jurídico

1.8. El desdoblamiento del principio de buena fe, por activa y por pasiva

2. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL: UNA NORMA PRINCIPIO

2.1. Noción de principio

2.2. El derecho por principios

2.3. Los principios jurídicos y las reglas jurídicas

2.4. La Constitución y los principios jurídicos

2.5. Definición de principio jurídico procesal

3. PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL COMO LÍMITE A LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ EN RELACIÓN CON LA PRUEBA

DE OFICIO EN UN DEBIDO PROCESO

3.1. El principio de moralidad aplicado al derecho procesal

3.2. El principio de moralidad procesal, lealtad procesal o buena fe desde la perspectiva de las partes

3.3. Los deberes de lealtad procesal o buena fe como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso

3.4. Limitantes constitucionales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez

3.5 Limitantes legales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez

3.6. El principio de moralidad procesal como límite al decreto oficioso probatorio

3.7. Límites a la prueba de oficio desde el principio de moralidad procesal

3.8. El principio de moralidad como elemento integrante e integrador del debido proceso, limitante del poder oficioso probatorio del juez

3.9. Tutelas jurídicas contra el decreto oficio de pruebas con violación del principio de moralidad

4. DISEÑO METODOLÓGICO

4.1. Tipo de estudio

4.2. Población

4.3. Diseño del plan de datos

4.3.1. Gestión del dato.

4.3.2. Obtención del dato.

4.3.3. Recolección del dato.

4.4. Control de sesgos

4.5. Procesamiento de datos

4.6. Plan de análisis

5. CONCLUSIONES

6. RECOMENDACIONES

6.1. Recomendaciones en lo moral

6.2. Recomendaciones en lo jurídico

ÉTICA

AJUSTES AL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

Sentencias Corte Constitucional

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Sentencias Consejo de Estado

Normativa

Páginas de Internet

ANEXO

RESUMEN EN ESPAÑOL

El presente trabajo de investigación titulado El principio de moralidad procesal, un análisis desde los poderes de instrucción en relación con la prueba de oficio, que hace parte del proyecto institucional “Poderes de instrucción del juez en relación con la prueba en un debido proceso (una perspectiva comparada entre Colombia y Argentina)”, desarrolla temáticas tan importantes como la moral y su relación con el derecho, analizando el principio de moralidad procesal desde la principialística jurídica, como el principio de buena fe, como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio en un debido proceso, a partir de este desarrollo se analiza las implicaciones en el derecho procesal, desde la perspectiva del principio de moralidad procesal como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso, sus limitantes constitucionales y legales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez, y los mecanismos de control a dicho poder-deber.

RESUMEN EN INGLÉS

The present research work entitled The principle of procedural morality, an analysis from the powers of instruction in relation to the proof of office, which is part of the institutional project "powers of instruction of the judge in relation to proof in due process comparative perspective between Colombia and Argentina), "develops such important themes as morality and its relationship with law, analyzing the principle of procedural morality from legal principialism, as the principle of good faith, as a limit to the powers of instruction of the judge in relation to the ex officio evidence in due process, from this development the implications in procedural law are analyzed, from the perspective of the principle of procedural morality as a limit to the powers of instruction of the judge in relation to the ex officio evidence , in due process, its constitutional and legal limitations to the

informal power of evidence and instruction of the judge, and the mechanisms of control to such power-duty.

PALABRAS CLAVES

El principio de moralidad procesal, poderes de instrucción, juez, proceso jurisdiccional, prueba, debido proceso, la moral, derecho, principio de buena fe, lealtad procesal, límite a los poderes de instrucción del juez, derecho procesal, Derecho sustancial, poder-deber, prueba de oficio, imperativos, Constitución Política, legislación, ética, Estado, justicia, Estado social de derecho, principios, valores, normas jurídicas, cultura, moral social, la juridicidad, positivismo jurídico, iusnaturalismo.

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo titulado El principio de moralidad procesal, un análisis desde los poderes de instrucción en relación con la prueba de oficio, que hace parte del proyecto institucional “Poderes de instrucción del juez en relación con la prueba en un debido proceso (una perspectiva comparada entre Colombia y Argentina)”, se ha querido realizar un análisis del principio de moralidad procesal, su importancia como norma rectora del ordenamiento procesal colombiano y, en especial, su función en el proceso jurisdiccional como límite a la prueba de oficio.

El trabajo de investigación incursiona con sentido crítico en las principales reglas de conducta de contenido ético que sustenta el proceso jurisdiccional, afincadas en el principio de buena fe procesal, lealtad o probidad, el cual limita el actuar procesal de todos los sujetos que intervienen en el proceso jurisdiccional, reconociendo la débil línea conceptual que divide el derecho de la moral.

Aceptado el gran reto que ofrecía la presente investigación jurídico-procesal al tener necesariamente que incursionar en grandes holguras de la filosofía jurídica, la moral, la psicología y la teoría general del derecho, entre otros aspectos, tomados en consideración para el estudio del principio de moralidad procesal, realizamos una aproximación al añejo enfrentamiento iusfilosófico entre los doctrinantes del derecho sobre la relación entre el derecho y moral, sin el ánimo de profundizar en la moral como ordenamiento normativo ni con la pretensión de zanjar la discusión sobre su cercanía o distanciamiento con el Derecho.

En el desarrollo de la investigación cuyo resultado hoy se presenta, se buscó la verificación de la hipótesis formulada en el proyecto aprobado: “El principio de moralidad procesal limita los poderes de instrucción del juez con relación a la prueba de oficio”. Lo anterior, se logró gracias a la configuración de un diseño

teórico que tuvo como faro la Constitución Política, la normativa procesal, la jurisprudencia y la doctrina.

Fue de vital importancia en la investigación acerca del principio de moralidad aplicado al derecho procesal, la identificación de su vigencia en la jurisprudencia nacional, su operatividad como principio rector del ordenamiento jurídico colombiano, su función regulador de los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, enmarcado en el derecho fundamental al debido proceso.

La investigación también resalta la importancia del principio de moralidad procesal en sus diferentes modalidades o manifestaciones, como son la lealtad procesal y la buena fe procesal desde la perspectiva subjetiva del juez y de las partes y desde la objetiva de la función jurisdiccional, como límite a los poderes de instrucción del juez. Así, el principio de moralidad procesal estudiado destaca las cualidades esenciales del órgano jurisdiccional, que a la par con los otros factores limitativos fijan directrices al poder oficioso probatorio.

Además, enfatiza en el principio de moralidad como elemento integrante e integrador del debido proceso, el cual crea el marco general limitante del poder oficioso probatorio del juez. En este sentido, este trabajo reconoce en el principio de moralidad procesal un elemento determinante en la correcta realización de los poderes de instrucción del juez, fundado en valores e integrado por sub-principios que dimanen de los mandatos constitucionales y que contribuye con la validez y la justicia de la decisión, en coherencia con los fines esenciales del Estado enmarcados en el artículo 2º de la Constitución Política.

Al juez se le exige un actuar inmaculado, acorde con el derecho aplicable, libre de vicios, ejemplo de honradez y laboriosidad, sin considerar que es un ser humano que interactúa en un medio ambiente de escasa entereza social; por esto, con la

presente investigación se busca, además de contribuirle al juez en su función como dispensador de justicia, trascender el ámbito investigativo o epistemológico que ofrece la universidad, para formular una propuesta de reflexión social que fortalezca los cimientos éticos o morales que sostienen las relaciones sociales armónicas y justa.

Hoy en nuestro país, en todos los ámbitos y regiones, se “destapan” a diario grandes escándalos de corrupción¹, expoliación y dilapidación de los recursos públicos, los cuales sacuden los cimientos institucionales, afectando la credibilidad en nuestras autoridades e instituciones públicas; tragedia que trata de contener el legislador², la justicia, las autoridades administrativas, los órganos de control, los medios de comunicación y la sociedad civil en general, con medidas que todavía están lejos de ser efectivas para erradicar definitivamente de nuestra patria este lastre que carcome nuestra imperfecta democracia y acrecienta la violencia; por ello, estamos convencidos de la vigencia, oportunidad e importancia del presente trabajo investigativo, para contribuir a la construcción de una sociedad en donde sus integrantes logren interiorizar principios y valores jurídico-morales, mejorando la eficacia del derecho, pues estos operarían como estándares superiores de comportamiento por autoregulación.

¹ Sobresalen los escándalos en la contratación estatal en Bogotá Distrito Capital (caso “los Nule”), el escándalo en la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales DIAN, la Dirección Nacional de Estupefacientes, el escándalo del programa Agro Ingreso Seguro EAS, del Ministerio de Agricultura, los escándalos de las Notarías, las pirámides financieras, las interceptaciones telefónicas ilegales, seguimientos, espionaje y conspiración del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, los escándalos en la Rama Judicial, en el Instituto del Seguro Social, el Ministerio de Transporte y de Educación, el Ministerio de Defensa Nacional, los recobros al Fosiga y otros aspectos relacionados con el escándalo de la Salud, los escándalos de la parapolítica, los chanchullos para la reelección presidencial (Yidis y Teodolindo), las componendas para la elección de congresistas, gobernadores, alcaldes, concejales con grupos ilegales, los falsos positivos, las falsas desmovilizaciones, la compra de tierras baratas para volverlas Zonas Francas, entre otros.

² El legislador con la reciente ley 1474 del 12 de julio de 2011, quiso fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, creando la Comisión Nacional para la Moralización, la cual se encargará de coordinar la realización de acciones conjuntas para la lucha contra la corrupción; establecer los indicadores de eficacia, eficiencia y transparencia; adoptar una estrategia anual que propenda por la transparencia, la eficiencia, la moralidad y los demás principios que deben regir la Administración Pública; orientar y coordinar la realización de

La lucha contra la corrupción no le corresponde sólo a los órganos del Estado, en este frente de lucha todos debemos estar comprometidos.

Con el presente trabajo creemos que le aportamos a la noción del interés público inmerso en la función jurisdiccional de administrar justicia, la cual debe estar íntimamente vinculada con la noción de ética, para ello el trabajo desarrolla elementos para la correcta definición y aplicación al proceso jurisdiccional del principio de la buena fe procesal.

A continuación presentamos algunos aspectos a tener en cuenta, incluidos en el proyecto de investigación y que orientaron la elaboración del informe final, estos son:

Planteamiento del problema

El principio de moralidad procesal, como norma rectora del ordenamiento procesal, plantea varios interrogantes relacionados con su pertenencia al ordenamiento jurídico, su exigibilidad, su validez formal y material, y ámbito de aplicabilidad al proceso jurisdiccional, desde sus dos perspectivas dinámicas; las partes del proceso y el juez.

Es pertinente reconocer, al abordar el estudio de temas relacionados con el Derecho y la moral, que ambas son disciplinas del saber que no gozan de tranquilidad conceptual, antes por el contrario permanecen en un estado dinámico de intenso debate, desarrollo, cuestionamiento, replanteamiento y contradicción,³

actividades pedagógicas e informativas sobre temas asociados con la ética y la moral públicas, los deberes y las responsabilidades en la función pública..

³ “En materia ética se observan las más graves e irreconciliables controversias: no solo no estamos todos de acuerdo sobre que conductas son justas o injustas, buenas o malas: tampoco coincidiremos en el significado que damos a palabras tales como “injusto”, “bueno”, o malo”. Sin embargo (sic), cualesquiera sean nuestras diferencias en estos asuntos tan relevantes, existe un consenso generalizado en afirmar, implicar o al menos aceptar que la moral es un sistema de

encontrando por parte de la doctrina puntos divergentes, como también lugares comunes, coincidentes o de certidumbre, por lo que hay que reconocer que en estos campos del conocimiento no hay verdades reveladas o absolutas, de allí la gran dificultad para definir, conceptualizar y concluir sobre nuestro tema de estudio, sin tomar posición por una u otra doctrina.

Para nadie es desconocido, en el escenario de la libre discusión de los conceptos jurídicos, los importantes y bien estructurados planteamientos desarrollados por reconocidos teóricos del Derecho, que desde el “positivismo”, con una pretensión científicista, orientan sus “baterías” argumentativas a excluir del Derecho los conceptos provenientes de otros ordenamientos normativos y disciplinas sociales, entre estos los filosóficos y morales. Por el contrario, para algunos doctrinantes “iusnaturalistas” existe una relación de necesidad entre Derecho y moral;⁴ una posición intermedia se presenta hoy en los llamados “neopositivistas”, que afirman que si estos conceptos están integrados al ordenamiento jurídico dejan de ser metanormativos, para integrar plenamente el ordenamiento positivo, otros con una posición ecléctica argumentan que lo que existe es una relación de complementariedad entre otros ordenamientos normativos y disciplinas sociales,

normas. ¿Cuál es el objeto al que se dirigen esas normas? ¿Cuál la fuente de donde emanan? ¿Están en nosotros o fuera de nosotros? ¿Son susceptibles de ser conocidas? En caso afirmativo, ¿de qué modo podríamos conocerlas? En caso negativo, ¿qué nos lleva a formularlas? Y, sea cual fuere nuestra respuesta a todos esos interrogantes, ¿qué acciones estamos dispuestos a justificar y cuáles a condenar? [...] Algo parecido ocurre en relación con otro sistema normativo: el Derecho (sic). Quienes nos dedicamos a este azaroso campo de conocimiento advertimos las controversias que de hecho se suscitan acerca de la interpretación de las normas (es decir sobre su contenido), acerca de su validez (esto es su existencia o invocabilidad), del modo en que se vinculan unas con otras (el sistema jurídico), de su nacimiento y de su fin, de las fuentes en que pueden originarse, del método teórico que mejor cuadra a su estudio e incluso de la manera en que el Derecho se inserta en la realidad social, se vincula con la ética, depende de la política o deriva de la teología.” GUIBOURG, Ricardo. Deber y saber. 1 reimpresión. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 2002. p. 93.

⁴ “La concepción de los principios es diversa desde el punto de vista del positivismo y desde el enfoque del iusnaturalismo. Los positivistas los consideran directrices de un ordenamiento jurídico, o sea, criterios que sirven de fundamento e informan el derecho positivo de cada país. Los iusnaturalistas creen que son criterios universales y eternos de justicia, con carácter suprapositivo, verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón, que se hallan fuera del ordenamiento de un país, por tanto previos y externos al derecho positivo”.

los cuales fundamentan y legitiman el Derecho al conectarlo con la realidad social, la persona y la sociedad.

Independiente de toda discusión doctrinaria al respecto, lo cierto es que cuando los preceptos morales son positivizados, adquieren la categoría de normas éticas de imperativo cumplimiento, cuyos contenidos, que sin dejar de pertenecer a la moral, son objetivados como una moral social de orden público, cuyo incumplimiento genera consecuencias jurídicas sancionatorias para el infractor.

En este sentido, el interés de la presente la investigación se concentra en la importancia del principio de moralidad aplicado al proceso jurisdiccional como límite al poder oficioso probatorio, el cual permea e integra transversalmente el debido proceso. Es en este punto en concreto en donde desentrañaremos su trascendencia y ubicación en el ordenamiento jurídico, como fuente principal de Derecho público por tener consagración, en primer orden, como principio constitucional en el artículo 209 superior, aplicable a todas las actividades que desarrollan las instituciones y órganos del Estado que ejercen una función pública y, en segundo orden, como norma legal en el Código de procedimiento civil y demás disposiciones legales que lo consagran.

La actuación del juez debe ser garantista de la prevalencia del Derecho sustancial.⁵ Para lograr este cometido sus decisiones deberán estar siempre precedidas de buena fe (lealtad procesal y transparencia), y es en este punto en donde pretendemos desentrañar la operatividad, vigencia y pertinencia del principio de moralidad procesal autoaplicado por el juez a sus actuaciones como principio rector limitante de sus poderes probatorios oficiosos y corrector de eventuales desviaciones.

El engaño, la mentira y la traición, con el consecuente daño o perjuicio que se causan, han sido proscritos por los ordenamientos normativos (el Derecho, la moral, la religión), de ello da cuenta la literatura jurídica, filosófica y religiosa. No obstante, también han existido posiciones que justifican la utilización de cualquier medio (moral o inmoral) para la consecución de un fin. La moral ha cumplido en la historia de la humanidad una función preventiva, protectora y correctora de las buenas costumbres sociales, al constituir un mecanismo de cohesión de la convivencia y la paz social, de pervivencia de las instituciones sociales; la moral es la base necesaria de las sanas relaciones intersubjetivas. Por esto su presencia permanente en el “que hacer” diario del ser humano, influenciando la formación de una persona íntegra, honesta, justa, solidaria y equitativa en sus decisiones.

El principio de moralidad es una norma jurídica cuya aplicabilidad está presente como presupuesto fundamental para el ejercicio de los derechos y, en el campo del Derecho procesal, igualmente se erige como presupuesto para el cumplimiento de los derechos, las cargas, los deberes y las obligaciones procesales, prescrito en el ordenamiento jurídico como el principio de la buena fe.⁶

⁵ Prescribe el artículo 228 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 4°, que la Administración Justicia es una función pública, de actuaciones públicas, salvo excepción legal, y regida por la prevalencia del Derecho sustancial.

⁶ “Ahora bien, de acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del Derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de Derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los Derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones. Por ello mismo, todo comportamiento deshonesto, desleal o que acuse falta de colaboración, de parte de uno de los extremos de la relación jurídica, constituye infracción al principio de la *fides*, toda vez que defrauda la confianza puesta por el interlocutor afectado, o lo que es igual, transgrede el fundamento del tráfico jurídico. Configurándose así la presencia de la mala fe.” Corte Constitucional sentencia C-840 de 2001.

La vigencia y exigibilidad del principio de moralidad procesal le corresponde en primer lugar al juez, como un deber de obligatorio cumplimiento. Teniendo en consideración que el juez no es un sujeto neutro, es decir, libre de ser tentado por intereses ajenos a los impuestos por el ordenamiento jurídico, libre de emociones y creencias como todo ser humano, de ahí la importancia conceptual de la presente investigación, centrada en su figura, como eje fundamental de la función jurisdiccional. Este principio constituye una barrera contra las actuaciones desleales de las partes y sus apoderados en el proceso, pero, además, le fija límites al juez como garantía de la transparencia de sus actuaciones, incluyendo el decreto oficioso de pruebas.

Formulación del problema

¿El principio de moralidad procesal limita el poder de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio?

Objetivos

General

Analizar el principio de moralidad procesal desde los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio.

Específicos

- Conceptualizar la moral y su relación con el Derecho.
- Analizar el principio de moralidad procesal como norma principio.

- Analizar el principio de moralidad procesal como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio en un debido proceso.

Propósito

Con la presente investigación nos proponemos analizar el principio de moralidad procesal, como límite a los poderes de instrucción en relación con la prueba de oficio en un debido proceso, destacando su naturaleza jurídica de orden público, su importancia para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales propios de un Estado social de derecho, como son los de: justicia, equidad, igualdad, debido proceso, libre acceso a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial, convivencia pacífica, entre otros.

No tiene la presente investigación el propósito de resolver todos los problemas filosóficos existentes entre la relación Derecho y moral,⁷ ni profundizar en la moral como ordenamiento normativo pariente cercano del Derecho; lo que haremos estará enmarcado en una moral positivizada o positiva cuyos contenidos integran las normas jurídicas.

Nos proponemos, entonces, dar un aporte conceptual a los operadores jurídicos sobre la importancia del principio de moralidad procesal, como límite a los poderes

⁷ “[...] El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral”, afirma Robert Alexy en su obra *Concepto y Validez del Derecho* (Gedisa, Barcelona, 1994). Más de dos mil años de controversia no han llevado a un acuerdo sobre el tema, manteniéndose hasta hoy dos posiciones básicas: positivistas y no positivistas. La característica de la primera es sostener la separación de moral y derecho; la segunda sostiene la vinculación entre ambos. El debate es de una gran importancia, pues según se defienda una u otra tesis el concepto sobre el derecho será radicalmente distinto. [...] Existen naturalmente matices en los dos puntos de enfoque del problema, que van desde la total separación hasta la identificación de los dos conceptos. Así ocurre, en el primer caso, con el más riguroso positivismo, en el segundo con la escuela del derecho natural. Sin embargo, la tendencia contemporánea es la de buscar una síntesis o, si se quiere, una tercera vía, que excluya dogmas y corresponda más a las actuales circunstancias del mundo.” GAIDO, La pretensión de corrección del derecho... Op. Cit. pp. 11-12.

de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio. De igual manera buscamos que la presente investigación sea un referente teórico para los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y en el debido cumplimiento de sus deberes-poderes como supremos directores materiales y formales del proceso.⁸

Hipótesis

El principio de moralidad procesal limita los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio.

⁸ “Como síntesis de lo expresado, anotamos que incuestionablemente la dirección formal del proceso está en el Código encomendada al juez, como un deber, y que solo existen dos tenues eventos de dirección material, que no alteran las prerrogativas de las partes, ya en cuanto a la pretensión, ya en cuanto a los hechos, ni mucho menos respecto a las excepciones.” BLANCO GOMEZ, José Luis. Sistema dispositivo y prueba de oficio. Santa Fe de Bogotá D.C.: Editorial: Ediciones jurídicas, 1994. p. 86.

1. LA MORAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

1.2. Definición de la moral

Gran tarea es para el investigador hablar de la moral, definir sus conceptos fundamentales, entenderla en su operatividad práctica, explicar su funcionalidad social, su historia, estructura normativa, las diferentes vertientes que la implementan desde concepciones culturales diferentes, sus efectos, su ámbito o fuero de aplicabilidad, su diferencia con la ética,⁹ etc., aspectos que no se profundizarán en la presente investigación, por no ser éste nuestro objeto de estudio.

En el lenguaje cotidiano la palabra moral encuentra varios significados, y desde ellos se pueden expresar diferentes conceptos. De esta manera se habla de derechos morales, perjuicio o daño moral, resarcimiento moral, persona moral, moral pública, moral privada, moral social, moral individual, coacción o violencia moral, chantaje moral, certidumbre o incertidumbre moral, atribución moral, imputabilidad moral, responsabilidad moral, obligación moral, facultad moral, vida moral, moral alta o baja, contextura moral, evidencia moral, figura moral, filosofía moral, imposibilidad moral, libro moral, pensamiento moral, doctrina moral, teología moral, carga moral, verdad moral, virtud moral, apoyo moral, doble moral, idoneidad moral, aptitud o ineptitud moral, sentido moral, sentimiento moral,

⁹ “Damos el nombre de *ética* al *estudio sistemático* de la moral, a la teoría de la moral, [...] la ética no se limita, como algunos han pretendido, al estudio sociohistórico de la moralidad. Al intentar fundamentar la bondad de las conductas, la ética se vuelve disciplina normativa [...] Ética es, por tanto, la filosofía moral o la filosofía de la moral [...] la ética no crea la moral. Se encuentra con ella y la estudia”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Luís José. *Ética*. 3º Reimpresión. Bogotá D. C.: Editorial El Búho Ltda., 2005. p. 25. “Entendemos por *ética*, en tanto que disciplina filosófica, la ciencia de la acción moral. Investiga la praxis humana desde el punto de vista de las condiciones de su moralidad y trata de fundamentar el concepto de moralidad. Por ésta entendemos, ante todo, aquella cualidad que permite calificar a una acción de moral, de moralmente buena”. PIEPER, Annemarie. *Ética y moral. Una introducción a la filosofía práctica*. Barcelona: Editorial Crítica, 1991. p. 14. “Se reserva la expresión *ética* para hacer referencia solamente a la filosofía de la moral, y se utiliza la palabra *moral* para aludir al universo de lo normativo [...]”. MARULANDA, Diego Martínez.

certeza moral, ley moral, orden moral, etc. Aunque muchas de estas palabras expresan más una situación psicológica que moral, y el significado corriente o común de algunas de ellas no coincide con su significación etimológica,¹⁰ sociológicamente todo este lenguaje representa una realidad: “[...] la moral y lo vital se hallan tan estrechamente unidos que llegan a confundirse [...] *la moral es algo vital, algo existencial, es la vida misma, consciente de sí, autoevaluándose en busca de la perfección*”.¹¹

Para realizar un acercamiento al concepto de la moral, recurriremos nuevamente a las definiciones que sobre la moral nos dan los diccionarios:

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹² la palabra moral significa:

moral1.

(Del lat. *morālis*).

1. adj. Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.
2. adj. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Prueba, certidumbre moral.
3. adj. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo.
4. f. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.
5. f. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico.
6. f. Ánimos, arrestos.
7. f. Estado de ánimo, individual o colectivo.

Fundamentos para una introducción al derecho. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2000. p. 49.

¹⁰ Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra desmoralizar tiene dos acepciones: 1). tr. Corromper las costumbres con malos ejemplos o doctrinas perniciosas. 2.) tr. desalentar (ll quitar el ánimo). U. t. c. prnl., corrientemente se usa la segunda acepción para significar la palabra desmoralizar, y no el primero que es corromper las costumbres. (<http://buscon.rae.es/drae/> del 30 de junio de 2009).

¹¹ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ética..., Op. Cit., p. 21.

¹² Definición tomada de la página electrónica <http://buscon.rae.es/drae/> (22 de enero de 2009).

8. f. En relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria.

Moral².

1. f. Hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por la sola bondad de la operación y conformidad con la razón natural.

De las anteriores acepciones de la palabra moral nos interesan, acorde con el objeto de nuestra investigación, las que definen la moral como ordenamiento normativo, tales como: “Perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; “Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia”; “Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano”; “Hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por la sola bondad de la operación y conformidad con la razón natural”.

En el Diccionario Jurídico Colombiano, citando un extracto del libro Filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio, encontramos la diferencia entre moral general y moral positiva y de la existencia de una moral universal, en la que confluyen todos los preceptos morales de las diferentes vertientes que la conforman:

La moral, ¿universal e inmutable o relativa? Algunos han sostenido que la moral es universal e inmutable, esto es, válido para todos los pueblos, en todos los tiempos. Otros, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es relativa. [...] La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en un momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente

todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías.¹³

La Corte Constitucional en la sentencia T-503 de 1994, parte de que “La moral, como objeto jurídico protegido, consiste en unos principios, valores y virtudes aceptados por el conglomerado social, que son fundamentales para una convivencia libre, digna, [...] Dichos principios, valores y virtudes son constitutivos de la convivencia digna y respetuosa. Esto quiere decir que al vivir conforme con ellos se genera la convivencia acorde con la dignidad humana, porque hay un respeto por la persona, sin distinción [...] Las concepciones del fuero interno son morales, pero no por ello ajenas a la convivencia; cada acto externo del hombre debe respetar el fuero interno de los otros, de tal manera que, bajo ningún aspecto, se vulnere la integridad moral del otro, mediante el escándalo, la profanación o el sometimiento”.

Vicente Villacampa define la moral como la “Disciplina que trata del bien y del mal y de las reglas a que se debe sujetar la acción humana”.¹⁴ Continúa explicando, que a través de la historia se han construido dos conceptos sobre la moral, uno, que considera que el fin último del hombre es la felicidad, considerada como la moral del bien y, la otra, que considera que el fin es la virtud, considerada como la moral del deber. Entre quienes sostienen la primera corriente de pensamiento están los Hedonistas que hablan del placer físico, los Epicureístas que plantean el ejercicio de las facultades espirituales, los Estoicistas que proponían la práctica del bien, la justicia y la templanza. Entre los defensores de la segunda corriente esta Kant, con la formulación de los imperativos categóricos, Fichte y Bergson con la moral de la inspiración.¹⁵

Para Ricardo Guibourg “[la] moral constituye en la práctica un sistema normativo

¹³ Diccionario Jurídico Colombiano. 4º Ed. Editorial jurídica Nacional. 2001. p. 914.

¹⁴ VILLACAMPA, Vicente. Filosofía y lógica. Barcelona: Editorial Cultural, S.A., 1981. p. 172.

¹⁵ *Ibidem*.

difuso, escasamente codificado y bastante controvertido. En ocasiones coincide con el derecho y otras veces se le opone. Además, existen conductas que no merecen atención de las normas jurídicas pero que no escapan a la calificación moral. Lo importante es que este sistema normativo no se halla a disposición del poder político y su contenido evoluciona muy lentamente. Aunque su fuerza no es muy grande en situaciones individuales y coyunturales, es preciso contar con él en la planificación a mediano plazo: puede constituir un valioso aliado o una barrera difícilmente superable”.¹⁶

Luís José González Álvarez define la moral “[...] como el conjunto de reglas o normas de comportamiento en que se establecen la distinción entre lo bueno y lo malo como criterio de perfección humana. En el plano más simple, se encuentran las costumbres o tradiciones y las formas de convivencia: prácticas religiosas, económicas, procreativas, jurídicas, educativas, etc. Por encima de ellas se hallan los valores, que cumplen la función de principios universales: justicia, amor, verdad, etc.”.¹⁷

Tanto los griegos como los romanos calificaron “A la conducta total del hombre en su aspecto intersubjetivo dentro de una sociedad determinada” como el “*etho*” y el “*mos*”, de donde se derivan las palabras “*ética*” y “*moral*” respectivamente.¹⁸ La moral tiene una estrecha relación conceptual con la ética, la palabra moral proviene del latín *mos* (plural *mores*) y la palabra ética proviene del griego *ethos*, etimológicamente moral y ética significan “costumbre”; para muchos autores ambas palabras son sinónimos, pero entre la moral y la ética hay una clara diferencia: la ética tiene como objeto de estudio a la moral; la teoriza filosóficamente. “Ética es, por tanto, la filosofía moral o la filosofía de la moral”.¹⁹

¹⁶ GUIBOURG, Ricardo. Deber y saber. 1ª reimpresión. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 2002. p. 208.

¹⁷ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ética..., Op. Cit., p. 24.

¹⁸ MANTILLA PINEDA, Benigno. Filosofía del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. S. A., 1996. p. 117.

¹⁹ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ética..., Op. Cit., p. 25.

En el módulo de Filosofía del Derecho, del curso de formación judicial para magistrados y jueces, de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de la Rama Judicial, se da una definición de principios morales, y en palabras de Von Wright los mismos guardan relación con el derecho (prescripciones y reglas técnicas), con la costumbre y con las reglas ideales:

(2) Principios morales. Muchos filósofos las consideran especies de prescripciones, otros como reglas técnicas sobre cómo conseguir fines de naturaleza peculiar. Hay quienes las consideran normas autónomas, de carácter sui generis. Von Wright, en cambio, sostiene que el desafío es examinar las complejas afinidades que guardan con los otros tipos de normas. Así no se pueden negar las relaciones que guardan con las prescripciones y las normas técnicas, relacionadas a su vez con las costumbres y las reglas ideales, respectivamente.²⁰

En el mismo módulo de Filosofía del Derecho, se retoman las ideas de Lon L. Fuller de su libro "La moral del derecho", distinguiendo dos clases de moral: la moral de "aspiración" y la moral del "deber". La moral "aspiración", manifestada claramente por los filósofos griegos,²¹ busca que el hombre utilice la vida de la mejor manera posible, busca la [...] vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas, [...] es la cumbre del logro humano". La moral del "deber" por su parte es la base de la sociedad, "[...] puesto que prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible una sociedad

²⁰ Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de la Rama Judicial. Módulo de Filosofía del Derecho, del curso de formación judicial para magistrados y jueces. p. 65. Versión digital disponible en PDF: <http://www.ejrlb.net/index.php?tipo=20¬i=26> (8 de febrero 2009).

²¹ "La Ética a Nicómaco es un análisis de la relación del carácter y la inteligencia con la felicidad. Aristóteles distinguía dos tipos de "virtud" o excelencia humana: moral e intelectual. La virtud moral es una expresión del carácter, producto de los hábitos que reflejan opciones repetidas. Una virtud moral siempre es el punto medio entre dos extremos menos deseables. El valor, por ejemplo, es el punto intermedio entre la cobardía y la impetuosidad irreflexiva; la generosidad, por su parte, constituiría el punto intermedio entre el derroche y la tacañería. Las virtudes intelectuales, sin embargo, no están sujetas a estas doctrinas de punto intermedio. La ética aristotélica es una ética elitista: para él, la plena excelencia solo puede ser alcanzada por el varón adulto y maduro perteneciente a la clase alta y no por las mujeres, niños, "bárbaros" (no griegos) o "mecánicos" asalariados (trabajadores manuales, a los cuales negaba el derecho al voto)." Microsoft ® Encarta © 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

ordenada”.²² “La moral del deber encuentra su pariente más cercano en el derecho, mientras que la moral de aspiración tiene un íntimo parentesco con la estética”.²³

Las diferencias entre las dos tipologías de moral son solo de grado. La moral del deber consagra en una escala ascendente las “exigencias más obvias de la vida social”, mientras que la moral de aspiración asciende por el mismo tronco hasta las más altas aspiraciones humanas, pero ambas morales se interrelacionan mutuamente; la primera marca un mínimo de moral y la segunda el máximo de moral, pero al cumplirse con la primera y ser esta la base de la primera se puede aspirar a realizar la segunda, “[en] conclusión es posible conocer lo malo basándose en nociones muy vagas de lo que sería bueno hasta la perfección. Podemos saber que es evidentemente injusto sin comprometernos a decir con determinación cómo sería la justicia perfecta”.²⁴

En la moral del deber tienen prioridad las sanciones sobre las recompensas. La atención se concentra en el hombre que no ha cumplido con las condiciones mínimas de la vida social, recayendo sobre él una desaprobación o una sanción legal, inhabilidad, incompatibilidad o sanción disciplinaria, según el caso. En cambio, quien ha cumplido vive tranquilamente y no recibe por su comportamiento honores o alabanzas.²⁵

Para el profesor Javier Acosta Gómez “[...] la moral da contenido material al derecho, introduce valores, que son concretados en las normas jurídicas. La moral es un límite al derecho para que no se desborde materialmente, dejando de lado los contenidos y fines que por antonomasia le corresponden”.²⁶

²² Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Módulo..., Op. Cit., p. 242.

²³ *Ibíd.*, p. 245.

²⁴ *Ibíd.*, p. 243.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ ACOSTA GÓMEZ, Francisco Javier. *Filosofía del Derecho*. 3 ed. Medellín: Editorial Señal Editora, 2004.p. 22.

1.2. Características de la moral

Para describir los caracteres específicos y distintivos de la moral, los iusfilósofos han realizado un gran esfuerzo de contrastación entre los atributos de la moral con los del derecho. De esta manera le atribuyen al derecho los atributos de heteronomía, bilateralidad, coercibilidad y exteriorización determinante, mientras que a la moral le atribuyen los de autonomía, unilateralidad, incoercibilidad e interiorización preponderante.²⁷

También han distinguido la moral del derecho por la forma como se cumplen las normas: “necesaria en el derecho y potestativa en la moral”,²⁸ o por el ámbito espacial de aplicabilidad; el *forum internum* o *foro íntimo de la conciencia* en la moral y el *forum externum* o *de la acción externa* en el derecho.²⁹

Esta última distinción ha sido considerada inexacta³⁰ ya que según esta división el derecho no podría regular elementos internos de la acción con efectos jurídicos, necesarios para calificar un comportamiento externo con trascendencia jurídica, como la conciencia,³¹ la pureza de intención (la verdad), la honestidad, el pensamiento, el secreto profesional, el *animus*, la buena fe, la intención, la culpa y el dolo.

²⁷ Ibídem. En igual sentido RESTREPO VALENCIA, Hernán. Derecho privado romano. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1986. p. 29.

²⁸ MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., p.118.

²⁹ “Urgido por necesidades políticas que se derivaban de problemas temporales, como la libertad de pensamiento, TOMASIO asignó a la moral el foro íntimo de la conciencia y al derecho la esfera de la acción externa. La moral, en concepto de Tomasio, se circunscribe al *forum internum* y el derecho al *forum externum*” (CHRISTIAN TOMASIO 1655-1728). Cita de MANTILLA PINEDA, Ibíd., p. 119.

³⁰ Ibídem.

³¹ “La conciencia es la misma conciencia psíquica en cuanto establece una valoración de la conducta humana”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ética..., Op. Cit., p. 135.

El derecho ejerce un correctivo control a las intenciones.³² En materia penal es relevante la intención en tipos penales: como el concierto para delinquir; la falsedad ideológica documental; el dolo como elemento subjetivo del tipo penal, entre otros. En materia civil, en conductas como el abuso del derecho, la simulación de los contratos o los vicios ocultos o redhibitorios, y en el derecho administrativo la desviación de poder. Según Mantilla Pineda “[...] tanto la conducta externa es susceptible de valoración moral, como la interna de valoración jurídica”.³³

Para Gustav Radbruch “[...] Lo que en un principio aparecía como una distinción entre derecho y moral puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses: la conducta externa interesa, solo en cuanto es testimonio de una conducta íntima; y la conducta interna emerge en el círculo del derecho, solo en cuanto cabe esperar de ella una acción externa”.³⁴

Concluyendo, explica Mantilla Pineda:

En síntesis, moral y derecho cubren todo el campo de la conducta humana, porque la acción como complejo unitario de elementos internos y externos es inescindible en una parte interna y otra externa [...] Por ser los valores morales superiores a los valores jurídicos, la moral es más exigente que el derecho y penetra en los repliegues profundos de la conducta humana. La moral satisface sus

³² “Thomasius propuso entonces la fórmula, en un sentido clásica y retomada por a Kant, según la cual el derecho se ocuparía de actos exteriores y la moral de actos interiores o intenciones. La parte de verdad captada por esta distinción no permite, no obstante, aceptarla lisa y llanamente. Ignora que un sistema jurídico que no tuviera en cuenta las intenciones no solo sería bárbaro, sino impracticable. La experiencia de siglos condujo a poner en primer plano, dentro del derecho penal, la exigencia, en principio, de la intención delictuosa y, dentro del derecho de los contratos, la búsqueda de la intención de las partes. La aplicación de las normas jurídicas está sometida a un movimiento incoercible de ideas, y a pesar de una tenaz resistencia, al correctivo del control de las intenciones, sea que se trate del abuso del derecho, en derecho privado, o de la desviación de poderes, en el derecho público. Tolerar que apariencias engañosas oculten intenciones ilegales sería la ruina de un sistema jurídico, *fraus omnia corrumpit*.” BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. 2° ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.p. 113.

³³ MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., p. 120.

³⁴ RADBRUCH, Gustav. Filosofía del derecho. Citado por MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., p. 120.

imperativos, pero a la vez matiza los actos jurídicos. **En verdad, se puede ser legal sin ser moral, pero jamás se puede ser moral sin ser legal, siempre que los actos morales impliquen actos jurídicos correspondientes.**³⁵ (N. F. de T.)

Una distinción de la moral, referente a la bilateralidad o alteridad del derecho, pone en evidencia Del Vecchio al denotar que “la moral impone al sujeto una elección entre las acciones que éste puede cumplir; se refiere al sujeto de por sí; y en consecuencia contrapone unos actos contra otros actos *del mismo sujeto*. El derecho en cambio, contrapone acciones de unos sujetos frente acciones de otros sujetos. Este carácter diferencial puede expresarse diciendo que la moral es unilateral, mientras que el derecho es bilateral”.³⁶ Por esto se afirma que la moral es categóricamente imperativa (valoración *a parte subjecti*)³⁷, al imponer obligaciones sin que exista correlato de esta obligación, mientras que el derecho es imperativo-atributivo (valoración *a parte objecti*)³⁸, Diremos entonces que la *bilateralidad (o alteridad)* del derecho consiste en que *siempre que una norma jurídica establece una situación ventajosa para un sujeto, caracteriza, simultáneamente, una situación desventajosa correlativa para el sujeto que la padece.*³⁹

A partir de la doctrina filosófica de los imperativos de Kant,⁴⁰ se estructura una diferencia conceptual entre la norma moral y la norma jurídica.⁴¹ La norma moral

³⁵ *Ibíd.*, p. 120-121.

³⁶ Citado por MANTILLA PINEDA, *Ibíd.*, p.122.

³⁷ *Cfr. Ibíd.*, p. 118.

³⁸ *Cfr. Ibíd.*, p. 118.

³⁹ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Temas de introducción al derecho. Necesidad y libertad, moral y derecho, derechos y usos, estructura de la norma. Medellín: Editorial Señal Editora, 1992. p. 41.

⁴⁰ Explica nuestro autor que “[toda] ley práctica representa una acción posible como buena y, por tanto, como necesaria para un sujeto capaz de determinarse prácticamente por la razón. Resulta, pues, que todos los imperativos son fórmulas de la determinación de la acción, que es necesaria según el principio de una voluntad buena en algún modo. Ahora bien, si la acción es buena solo como medio para alguna otra cosa, entonces es imperativo hipotético; pero si la acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico”. KANT, Immanuel. Fundamentos de la metafísica de las costumbres. 8ª Ed. Madrid: Editorial Espasa-Calpe, S. A., 1983. p. 62.

es considerada por Kant como un imperativo categórico que manda incondicionadamente,⁴² es una obligación absoluta,⁴³ y la norma jurídica es asimilada a un imperativo hipotético, que obliga condicionalmente, es un deber subordinado por un móvil.⁴⁴ Así las cosas, expresa Carlos Gaviria Díaz que “[la] moral, entonces, impondría deberes no sujetos a condición alguna, y el derecho los impondría solo bajo determinadas condiciones”.⁴⁵

En el derecho, desde su estructura lógica, la norma prescribe condicionadamente un deber, pero el mismo es exigible solo si que cumplen unas condiciones establecidas en el supuesto normativo; así entonces, la norma jurídica se podría formular de la siguiente manera: “Si *A* es, *debe ser B*, donde el *debe* no lo es solo en sentido gramatical sino también lógico”.⁴⁶ Por el contrario, la estructura de la norma moral prescribe deberes que aparentemente no están sometidos a

⁴¹ “De los términos autonomía y heteronomía se desprenden las nociones de *imperativo categórico* para reconocer la moral, y de *imperativo hipotético* para identificar el derecho. La diferencia entre ambos conceptos radica en la motivación que los sujetos asuman frente a los imperativos. Si la motivación es directa, es decir aquella que apela al deber por el deber mismo de acatarla, se está frente a un imperativo categórico, caso en el cual la norma será una norma moral; pero si la motivación es indirecta, es decir, no se obra conforme al deber por el deber mismo sino por motivaciones diferentes, el imperativo será hipotético y, en consecuencia, la norma será de derecho.” MARULANDA MARTÍNEZ, Fundamentos..., Op. Cit., p. 53.

⁴² “Pues bien, todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquellos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria...”. KANT, Fundamentos..., Op. Cit., pp. 61-62.

⁴³ Lo que explica LECLERCQ en el siguiente sentido: “[...] un mismo acto puede tener móviles diversos. Podemos realizarlo porque nos está mandando, sin más –porque es preciso–. En este caso obedecemos a un *imperativo categórico*, la obligación es absoluta, “No matarás; no robarás”. No tengo que preguntar por qué; mi conciencia dice: “Debes” [...] El imperativo moral debe ser categórico, y el imperativo categórico no puede ser más que puramente formal, entendiéndose por ello que no puede recaer más que sobre la forma de los actos”. LECLERCQ, Jacques. Las grandes líneas de la filosofía moral. Madrid: Editorial Gredos, 1956. pp. 132-133.

⁴⁴ Continúa explicando LECLERCQ que “Otros actos no se imponen más que de una manera hipotética. En el lenguaje corriente se califican de obligaciones condicionales. “Debo trabajar para vivir”: esto quiere decir que, si quiero o debo vivir, debo trabajar; si quiero ir a América, debo embarcar. “Debo”, no tiene aquí el mismo sentido que anteriormente; está subordinado a la hipótesis considerada. Es un *imperativo hipotético*”. *Ibidem*.

⁴⁵ GAVIRIA DÍAZ, Temas..., Op. Cit., p. 23.

⁴⁶ *Ibidem*.

condición, por ejemplo: no hurtes, no mientas, no mates; la norma podría formularse así: “*A debe ser; B no debe ser...*”.⁴⁷

Según Gaviria Díaz, esta división y clasificación conceptual entre lo incondicionado de la norma moral y lo condicionado de la norma jurídica no es de naturaleza lógica sino lingüística,⁴⁸ si se presupone que ambos ordenamientos establecen un deber ser que presuponen la libertad del hombre como sujeto destinatario de la norma y, por ende, con capacidad de optar libremente, entre varias conductas, por un conducta determinada.

En la norma jurídica son expresas las condiciones por las cuales surgen los deberes, mientras que en la norma moral las condiciones son formuladas de manera implícita, “[...] tales condiciones no se expresan porque se asume que son excepcionales aquellas que dispensan su cumplimiento. Pero siempre, subyacentes, es posible encontrarlas”.⁴⁹ “En otros términos: el deber incondicionado es una mera abstracción sin correlato alguno en la experiencia, pues el propio sujeto destinatario solo existe bajo condiciones concretas que hacen factible (o imposible) la conducta prescrita como obligatoria”.⁵⁰

Kant consideraba que la conducta moral no encontraba un motivo o interés diferente al deber mismo para su realización, al afirmar: “[...] la conducta éticamente plausible no solo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante...”.⁵¹ A diferencia con la moral, el derecho se satisface simplemente con la conformidad entre la conducta realizada con la prescrita en la norma, sin que importen los motivos para tal observancia, que en todo caso pueden ser exteriores e independientes del deber mismo; así, en cuanto

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Cfr. Ibíd.*, p. 24.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Cita de GAVIRIA DÍAZ. *Ibíd.*, p. 32.

al acatamiento de la norma moral, la moral es más rigurosa, explora el móvil que desencadenó la conducta, no bastando solo el resultado práctico, por esto la moral “[...] exige no solo actuar conforme al deber mismo sino por el deber mismo [...]” Por esta razón, e ordinario, **la juridicidad está subsumida en la moralidad, y no a la inversa**”.⁵²

El derecho es coercible, por el contrario, la moral es incoercible, lo que implica que su observancia debe ser siempre libre y espontánea, de ahí su caracterización como norma autónoma.⁵³ Para Kant, el sujeto se impone, como autolegisador, su propia ley con pretensión de validez universal, así, el sujeto es a la vez creador de la norma, su único destinatario; su conciencia acepta la norma, lo vincula al buen comportamiento. Surge, entonces, el carácter de la autonomía, entendida como “autodeterminación”.⁵⁴ Pero la autonomía no solo se predica cuando la norma surge de la conciencia del sujeto para su auto aplicación, [...] sino también cuando siendo creada por una voluntad extraña, es aceptada y obedecida en vista de su intrínseco valor. En cierto modo la conciencia del obligado la re-crea”.⁵⁵

La moral, en lo que respecta a las relaciones interpersonales, implica siempre un respeto por el otro, en su condición de ser humano, al que no se le debe hacer lo que no quisiéramos que nos hicieran a nosotros.⁵⁶ Constituye un reconocimiento a su dignidad humana como congénere en igualdad de condiciones y derechos.

⁵² Ibíd., pp. 33 y 37.

⁵³ Explica nuestro autor en cita, que “conforme con la doctrina Kantiana, las normas morales son autónomas, pues solo obligan en la medida en que el individuo les da su asentimiento, es decir, las valora positivamente y las estima válidas para toda la humanidad”. Ibíd., p. 47.

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ Ibíd., p. 50.

⁵⁶ La formulación negativa de un principio formal moral de que “[lo] que no desees que te hagan a ti, no se lo hagas tú a nadie” es planteada positivamente en la Biblia de la siguiente manera: “Trata a tu prójimo como quisieras que él te tratase a ti (véase AT: Tobías 4, 16; Mat. 7,12; Luc. 6,31.)”, esta regla obliga al sujeto a reflexionar sobre los efectos de su conducta en los otros seres, al ponerse en la misma situación de los afectados con su acción; la norma no prescribe el contenido del deber ser en cada caso concreto, sino que establece formalmente un procedimiento general “[...] para que la actuación resultante pueda ser reconocida como moral”. PIEPER, Ética..., Op. Cit., p. 36.

Al respecto, señala Andrew Halpin, “[...] yo, como ser humano, puedo esperar de usted el comportamiento que respeta mi humildad, que usted como humano es capaz de dar, y, por la misma razón, igualmente digno de recibir”.⁵⁷

La norma moral implica la renuncia o el sacrificio de nuestros propios intereses por el bien del otro,⁵⁸ lo que obliga a promover altruistamente los intereses ajenos; en este tipo de relaciones morales no se da la satisfacción mutua de intereses recíprocos o conmutativos, lo que constituiría relaciones de coordinación entre los individuos, sino que hay un conflicto intrapersonal entre los intereses propios y los del sujeto al que se dirigen los efectos de la conducta moral como, por ejemplo, cuando nos obligamos a cumplir las promesas; es un actuar voluntario que implica, al igual que frente a la existencia de una obligación legal, que el individuo pueda optar por trasgredir el mandato, pues “[...] la existencia de una obligación moral indica también la posibilidad de optar por desatender los intereses del otro, que la moralidad nos exige respetar por sobre la búsqueda de intereses individuales”.⁵⁹

La interioridad de la moral está en la conciencia de cada persona,⁶⁰ en donde el libre arbitrio decide la acción a realizar entre otras diversas y, algunas veces,

⁵⁷ HALPIN, Andrew. Derechos, utilitarismo y moralidad. Observaciones preliminares. En: *Estudios de derecho y filosofía*. No. 8. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (marzo de 2005). p. 24.

⁵⁸ Expresa Annemarie Pieper que “la actuación es moral cuando no es consecuencia de una volición meramente subjetiva e inmediata (necesidad o interés), sino expresión de una voluntad que se distancia de sus deseos inmediatos y toma en consideración la voluntad de otros sujetos, es decir cuando se trata de una voluntad mediada intersubjetivamente”. PIEPER, Ética..., Op. Cit., p. 36. “Para Hart la importancia de la Moral “se manifiesta de muchas maneras: primero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observados en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellos limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal” [...]” H.L.A, Hart. El Concepto de Derecho. Citado por PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. 4ª Ed. Santiago de Chile: Editorial Temis, 1984. p. 69.

⁵⁹ HALPIN, Derechos..., Op. Cit. p. 28 y 29.

⁶⁰ “La conciencia moral de cada persona es la expresión de la tensión vital entre su ser real y las exigencias que le plantea esa realidad trascendente. La persona aspira a lograr la felicidad, la cual no se consigue sino alcanzando el ideal de vida que se le ha propuesto. Frente a él la persona se siente responsable de su actuar cotidiano. El ideal enfrentado al propio ser, es el que engendró el sentimiento del deber, de la culpabilidad, de la imperfección, de la insatisfacción, etc.” GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ética..., Op. Cit., p. 76.

contrapuestas. Por esto, la conducta moral no se satisface solamente con la conformidad entre la conducta realizada y la norma ética, sino que exige que aquella conducta sea fruto de una intención o propósito conforme con y para el deber ser moral,⁶¹ característica que se entrelaza con la unilateralidad de la moral; unilateralidad que debe ser entendida no solo como la autoimposición⁶² de deberes para consigo mismo y con las demás personas, cuyo cumplimiento no solo tiene efectos en las permanentes interrelaciones de vida con los otros congéneres, sino también como la autoexigibilidad por parte de la conciencia de cada persona para el cumplimiento de la norma moral, lo que quiere decir que “[...] frente al sujeto a quien obliga, no existe otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes”.⁶³

La norma moral es incoercible, solo obliga en la medida en que ésta se hubiese incorporado definitivamente en la conciencia del individuo y reconozca su obligatoriedad, por esto se dice que el cumplimiento de la norma moral es libre y espontánea, es decir, actúa sin la presencia de fuerzas o presiones externas que impongan su observancia, ya que de hacerlo “[...] la conducta se transformaría en un simple hecho que escaparía por completo a toda posible valoración ética”.⁶⁴ Igualmente, la sanción por su incumplimiento tampoco es impuesta externamente, la sanción que acarrea su inobservancia nace de la conciencia y se manifiesta en remordimiento o arrepentimiento, desasosiego, lamentación, recriminación de la

⁶¹ “Kant llega así a determinar que el único fundamento de la norma moral es el deber. El valor moral solo puede radicar en la voluntad del hombre, en “querer hacer el bien”, en la buena voluntad. La voluntad de cumplir el deber es el criterio máximo de bondad moral. “Obra siempre de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer como principio de legislación universal”. En esta fórmula el mismo Kant sintetiza el principio del obrar moral [...] El hombre encuentra la perfección moral en el cumplimiento del deber por el deber mismo”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética*. Op. Cit., p. 46.

⁶² “Es decir, el hecho de que las actuaciones de las personas se orienten según unas normas autoimpuestas constituye un indicio de la libertad esencial al hombre, que no es una libertad arbitraria, sino una libertad mediada intersubjetiva por el reconocimiento y que en tanto que tal recibe el nombre de moralidad”. PIEPER, *Ética...*, Op. Cit., p. 39

⁶³ PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit. p. 45.

⁶⁴ *Ibídem*.

conciencia, vergüenza⁶⁵, culpa o culpabilidad moral y pena moral y, en casos extremos, autoflagelación.

Lo anterior no obsta para que algunos principios morales, de relevancia para el derecho, sirvan a las normas jurídicas como supuestos normativos, dada la importancia para la coexistencia pacífica del hombre en sociedad⁶⁶ y el mantenimiento del orden público. Entre algunos ejemplos, encontramos el establecimiento de prohibiciones y consecuencias sancionatorias para las conductas desleales y con intención dolosa, la prohibición de la mentira, la presunción del juramento (en tratándose de declaraciones que se hacen bajo la gravedad del juramento y que se entiende prestado con la presentación de una solicitud)⁶⁷, el régimen de las inhabilidades, etc.; normas éstas que por su positivización jurídica y su clara connotación moral reforzada por una sanción jurídica, adquieren la categoría de normas éticas.

⁶⁵ “Cierta tarde, se encontraba en el Café Procope de Saint-Germain-des-Près, cuando irrumpió saliendo adentro un joven abogado y revolucionario, Georges Danton, diciendo en voz alta para que todos lo oyesen: «El mundo no es más que injusticia y miseria. ¿Dónde están las sanciones?» Y dirigiéndose a Franklin le preguntó provocativamente: «Señor Franklin, ¿por detrás de la Declaración de Independencia norteamericana, no hay justicia, ni una fuerza militar que imponga respeto? Franklin serenamente contestó: «Se equivoca, señor Dantón, detrás de la Declaración hay un inestimable y perenne poder: el poder de la vergüenza (the power of shame)». “Es la vergüenza la que reprime el impulso a violar las leyes y frena la voluntad de corrupción. Ya para Aristóteles la vergüenza y el rubor eran indicios inequívocos de la presencia del sentimiento ético. Cuando faltan, todo es posible. La vergüenza pública obligó a Nixon a renunciar a la presidencia. Cada cierto tiempo, vemos a ministros y a ejecutivos importantes teniendo que pedir la dimisión inmediata por actos vergonzosos. En Japón llegan a suicidarse por no soportar la vergüenza pública. Sentir esa vergüenza es tener un límite intraspasable. Violado, la sociedad desprecia a su violador, pues sin límites no se puede convivir. ¿Qué es tener vergüenza? El diccionario Aurelio de la lengua portuguesa lo define así: «tener sentimiento de la propia dignidad; tener pundonor”. Artículo de Leonardo Boff ¿QUE ES LA VERGUENZA? Versión digital disponible en: http://www.juliaardon.com/ (junio 21 de 2011).

⁶⁶ “[...] la paz es un valor moral universalmente reconocido. Consiste en un estado de tranquilidad, orden y armonía en las relaciones sociales entre los miembros de un grupo, de una nación o de toda la humanidad. Con referencia al hombre, la paz tiene sentido moral porque contribuye positivamente a que él se realice con mayor perfección en más campos de la vida humana, durante más tiempo y con mayor rapidez y eficacia”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética*. Op. Cit., p. 123.

⁶⁷ El artículo 80 del C. de P. C. establece consecuencias sancionatorias disciplinarias, penales, civiles y procesales para el demandante o su apoderado, en caso de probarse que “faltaron a la verdad en las afirmaciones hechas bajo juramento”.

Las normas morales gozan de validez absoluta porque “[...] se fundan en valores objetivos e inmutables”.⁶⁸ Inmutabilidad que debe ser entendida dentro de la dinámica histórico-social de cada cultura, ya que tendrán vigencia mientras la comunidad las reconozca como obligatorias y libremente las siga. Explica Annemarie Pieper que

El concepto de moral se refiere a algo que es por su contenido cambiante, pero que pretende ser inmutable. El contenido o la aplicación de las pretensiones de validez pueden envejecer, quedar desfasados, pero eso no significa que ya no vayan a aparecer nunca principios morales de ningún tipo; antes bien, lo que sucederá será que en lugar de las exigencias antiguas aparecerán nuevas normas, reconocidas como “más actuales”, que tampoco serán “eternas”, sino que habrán de permanecer siempre como algo cuestionable, criticable, y modificable en la práctica. Así, las reglas solo tienen vigencia mientras son reconocidas y seguidas por la mayoría de la comunidad de acción. Son por tanto, producto de un acto de libertad y, mientras sean confirmadas como tales, conservaran su sentido.⁶⁹

En cuanto a su falta de rigurosidad la norma moral no es estrictamente sistémica y adolece de indeterminación conceptual, lo que genera incertidumbre en los individuos al tratar de cumplir sus mandatos. Debe entenderse, entonces, que “[las] normas morales son razonables y valiosas y están dirigidas a la libertad”,⁷⁰ por esto el hombre es libre de optar por cumplirlas o transgredirlas; las normas morales están guiadas por el principio del libre albedrío, pues es la voluntad del hombre la que decide reconocerlas como obligatorias o desconocerlas.

Concluye nuestra autora bajo cita, que “[el] contenido de las normas morales corresponden a la esencia de la persona [...] las normas morales procuran que la persona, en sus sentimientos y acciones, sea fiel a su ser. [...] las normas morales regulan la conducta libre del hombre, de conformidad con los dictados de la recta

⁶⁸ PACHECO G., Teoría..., Op Cit. p. 45.

⁶⁹ PIEPER, Ética..., Op. Cit. p. 39.

⁷⁰ *Ibíd.*

razón, con la finalidad de que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su fin último”.⁷¹

Muy parecido a los defectos que adolecería una comunidad regida solo por normas morales, es explicada por Herbert L. A. Hart, en su libro “El concepto de Derecho”, al describir una sociedad primitiva regida por reglas primarias sin órganos estatales, ni reglas oficiales, conformada por pequeñas sociedades primitivas unidas por vínculos de parentesco, creencias, sentimientos comunes y ambientes estables. Dichas “reglas primarias” establecen como primera condición para que la sociedad pueda existir, restricciones al “[...] libre uso de la violencia, el robo y el engaño en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tiene, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos de los otros”.⁷²

Pero estas reglas primarias que rigen una estructura social primaria o simple como la llama Hart, “[...] resultaría defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación [...]”⁷³. Hart señala como estas normas establecidas como un conjunto de pautas o criterios de conducta, “[...] sin ninguna marca común identificadora, excepto, por supuesto, que aquellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto más parecidas a nuestras reglas de etiqueta [...]”.⁷⁴

Un sistema normativo de esta clase adolece de varios defectos como el de falta de certeza⁷⁵ y precisión sobre cuáles reglas rigen, cuál es su alcance, cuáles son trasgredidas y cuáles no; la inexistencia de una autoridad con facultades para determinar la trasgresión a las reglas, el procedimiento para despejar las dudas;

⁷¹ Ibíd., p. 44.

⁷² Ibíd. P.114.

⁷³ Ibídem.

⁷⁴ Ibíd., pp. 114-115.

⁷⁵ Cfr. Ibíd., p. 115.

Otro defecto de este sistema normativo sería la inexistencia de procesos deliberados o formas dinámicas de cambio, con deficiente presión social o fuerza coercitiva para hacer cumplir las reglas y sin un órgano encargado de adjudicar, centralizar y administrar o dispensar el uso de la fuerza.⁷⁶

Esta sociedad primitiva, basada solo en reglas primarias, que adolecía de perfección normativa por presentar los anteriores defectos, requería según Hart de remedios normativos, u otras clases de normas llamadas reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, cuya “[...] introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico; pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan el derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico”.⁷⁷

A manera de conclusión, sobre el concepto de las normas morales podemos decir que ellas se expresan en forma de mandato positivo o negativo, pero siempre haciendo referencia a un valor a realizar que regula la conducta,⁷⁸ en donde el valor constituye el objetivo del acto moral.⁷⁹ Su vigencia y exigibilidad depende del reconocimiento (legitimidad) que la mayoría de la comunidad le otorgue. Entre los caracteres más importantes de la moral encontramos la interioridad, la unilateralidad, la falta de determinación, la carencia de coercibilidad y de validez

⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 115.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 117.

⁷⁸ “El deber nace, repetimos, de un valor que me impone una conducta, si tal valor no existe o es falso, tampoco existe, o bien es falso, el deber correspondiente”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética*. Op. Cit., p. 157.

⁷⁹ “Las normas morales pueden presentarse en forma positiva o negativa. En ambos casos se hace referencia a un valor que en sí mismo es más rico de lo que puede expresar el enunciado de la norma. En consecuencia es el valor el que da significado a la norma y el que constituye el verdadero objetivo del acto moral. Por ser un valor en sí mismo y por los valores que fundamenta en su relación con el hombre, regula la conducta de éste”. PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit. p. 43. En este aspecto hay quienes reprochan el formalismo Kantiano de “[...] querer deducir los valores del “deber ser” en lugar de fundar el deber ser sobre los valores...”. GURVITCH, Georges. *Moral teórica y ciencia de las costumbres*. México D.F.: Editorial América. 1945. p. 136.

absoluta, y una finalidad afincada en el perfeccionamiento del hombre, cuya sanción es el remordimiento.⁸⁰

1.7. La moral en el contexto social

La moral como creación cultural, en su función reguladora de la conducta humana, ha estado presente en cada estadio de la evolución del hombre,⁸¹ aprobando o censurando,⁸² imponiendo un deber ser moral a los seres humanos dotados de voluntad, entendimiento y libre albedrío,⁸³ fundando en cada sociedad y momento dado valores sociales y orientando la conducta humana a la realización de éstos. Desde las primitivas formas de organización social, el hombre se ha relacionado con los demás sujetos mediante el establecimiento de un sistema normativo de prescripciones, obligaciones y prohibiciones, que le permitía convivir, compartir y cooperar con los demás integrantes del clan o tribu, en la realización de las diferentes actividades que se requerían para la preservación y conservación de la especie.

En los primeros núcleos sociales la moral teológica jugó un papel relevante y determinante en la formación de la cultura humana.⁸⁴ En el hombre el ritual del tipo místico-religioso se imponía como “expresión cultural”, el cual se realizaba

⁸⁰ Cfr. PACHECO G., Teoría..., Op. Cit. p. 44.

⁸¹ “El hecho moral, es decir, el hecho de creer en una regla moral, es un hecho humano, dondequiera que encontramos hombres, los encontramos en posesión de una moral, esto es, creyendo en una moral. Las investigaciones de la etnología contemporáneas parecen decisivas a este respecto. El fenómeno moral se encuentra incluso entre los más primitivos”. LECLERCQ, Las grandes..., Op. Cit., p. 9.

⁸² “El fenómeno moral está esencialmente constituido de aprobación y censura. Ciertos actos despiertan un sentimiento de aprobación, de estima, incluso de entusiasmo, al paso que otros suscitan la reprobación, el desprecio, la indignación.” *Ibíd.*

⁸³ “El dominio de la moral es, pues, aquél donde se ejerce la actividad de los seres libres. Estos merecen alabanza y represión según el carácter de su acción. La noción de responsabilidad implica la exigencia la sanción”. *Ibíd.*, p. 20.

⁸⁴ “La religión –dice Luís Menard– liga todos los seres de una concepción general, y la moral, que regula las relaciones de los hombres, tiene su lugar en la religión como el hombre tiene puesto en el conjunto del mundo”. GILLE. Paul. Historia de las ideas morales. Las grandes épocas hasta el siglo XIX. Buenos Aires: Editorial Partenón. 1945. p. 33.

como un hábito o costumbre con fuerza normativa; en este estadio primitivo de la humanidad la costumbre indistintamente englobaba la moral, el derecho y la religión.⁸⁵ La moral desde lo normativo, entendida como costumbre, es “[...] actitud o predisposición de un comportamiento colectivo, se constituye en la materia prima de todas las demás expresiones normativas, [...]”.⁸⁶ Se entiende, entonces, que el pensamiento primordialmente religioso fue la primera fuente de normatividad moral.⁸⁷

⁸⁵ Cfr. MARULANDA MARTÍNEZ, Fundamentos..., Op. Cit., p. 50.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 49.

⁸⁷ El “libro de los muertos” de la antigua civilización egipcia, el cual se calcula fue escrito hace más de 3.000 años antes que Cristo y unos 1.500 antes que Moisés, “[...] se colocaba un ejemplar sobre cada momia, era una especie de pasaporte para el otro mundo, un certificado de buena vida y costumbres presentable a los dioses”, se encuentra en el capítulo CXXV un pasaje sobre la moral egipcia representado por un “[...] ritual fúnebre, interpretado por Champollión, que le dio el nombre de *confesión negativa*. [...] habiendo de responder en el Amenthe a los cuarenta y dos jueces infernales, el muerto dice: “Yo no he robado, no he engañado, no he blasfemado, no he mentido en justicia, no he cometido injusticia, no he cometido fraude contra los hombres, no he atormentado a vida, no he hecho ejecutar a un jefe de trabajadores más trabajo que el que podía hacerse. No he excitado ninguna perturbación. No he hecho llorar a nadie. No he sido perezoso. No he sido negligente. No me he embriagado. No he dado órdenes injustas. No he tenido una curiosidad indiscreta. No he soltado mi boca a la charlatanería. No he pegado a nadie. No he matado. No he ordenado asesinato a traición. No he causado temor a nadie. No he murmurado de otro. No he roído mi corazón de envidia. No he intentado falsas acusaciones. [...] Al lado de esos preceptos generales, la apología del muerto en el tribunal de Osiris nos muestra unas prescripciones de policía y de orden público, que el interés común había elevado en Egipto al rango de los deberes que empeñan la conciencia. El muerto declara no haber interceptado los canales de irrigación, no haber jamás dificultado la distribución de las aguas del río en el campo, sostiene que no ha deteriorado las piedras de la orilla que sirven para amarrar las barcas. El muerto no se limita ante el tribunal de Osiris a la denegación del mal que no ha cometido; habla del bien que ha hecho en su vida. [...] “He dado –dice– de comer al que tenía hambre; he dado de beber al que tenía sed; he vestido al desnudo; he dado una barca al que se hallaba detenido en su camino.”, “[...] “Examinemos en la ética hindú en las célebres leyes de Manú, el *Manava-Dharma sastra*, que mucho antes que el Decálogo hebreo, resumió la moral en estos diez preceptos: *la resignación – la acción de devolver bien por mal – la templanza – la probidad – la discreción – la pureza – la represión de los sentidos – la benevolencia – el conocimiento de los libros sagrados – el conocimiento del ser supremo*”. “A las diez virtudes primordiales se opone ocho vicios que no corresponden, exactamente a las virtudes. A saber: 1° *El apresuramiento o divulgar el mal*. – 2° *La violencia*. – 3° *La acción de perjudicar en secreto*. – 4° *La envidia*. – 5° *La calumnia*. – 6° *La acción de apropiarse del bien ajeno*. – 7° *La Injuria*. – 8° *La de pegar a otro*” [...] “La moral primitiva del pueblo de Jehová no difiere apenas de la que la necesidad y la fuerza de las cosas han impuesto a todas las grandes sociedades primitivas. He ahí el célebre *Decálogo*, del que se ha hecho, desde hace diez y seis siglos, la base de toda moral, aunque no sea superior a las más antiguas promulgaciones morales de la India y de Persia, y que sea con mucho inferior al *Ritual Funerario* de los egipcios, que le es anterior de más de dos mil años.” [...] “Vienen después los preceptos que hallamos por todas partes de las morales primitivas: “No matarás. No adulterarás. No hurtarás. No darás falso testimonio contra tu prójimo”. GILLE. Paul. Historia ..., Op. Cit., pp. 37, 45, 46 y 88.

La costumbre producida y afirmada en los comportamientos rituales principalmente animistas,⁸⁸ se imponía como normativa vinculante para todos los integrantes de los núcleos primitivos humanos. Al respecto, señala Diego Marulanda Martínez:

Por lo tanto, las primeras expresiones normativas se dieron a partir de la costumbre, cuyo contenido estaba definido por pautas de conducta de carácter religioso [...] la costumbre constituía, entonces, un orden moral, impregnado de un profundo sentido y contenido religioso. [...] Desde el punto de vista material, o sea desde la perspectiva de su contenido, se puede decir que en un principio, tanto la religión como el derecho están disueltos y confundidos con la moral, en tanto ésta es materia prima de todas las materias normativas.⁸⁹

Es en el contexto social donde la moral adquiere relevancia, el hecho moral es un resultado de las relaciones o interacciones entre los hombres. Por esto afirma Paul Gille que “[en] cuanto hay asociación, *ipso facto* nace una moral rudimentaria; el hecho social engendra el hecho moral”.⁹⁰

Desde la perspectiva social las obligaciones morales se deben hacia nuestros congéneres más próximos y hacia la sociedad en su conjunto, dada la interdependencia de los individuos con otros individuos y de las instituciones sociales con las que se interactúa y se relacionan.⁹¹

El individuo depende de otros individuos en cuanto su influencia genética, su herencia social, la influencia sociología de sus contemporáneos y, aun, de la

⁸⁸ “Animismo. (De ánima). m. || 2. Creencia que atribuye vida anímica y poderes a los objetos de la naturaleza. || 3. Creencia en la existencia de espíritus que animan todas las cosas.” Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

⁸⁹ MARULANDA MARTÍNEZ, Fundamentos..., Op. Cit., p. 49.

⁹⁰ GILLE, Historia..., Op. Cit., p. 8.

⁹¹ “La asociación es, pues, una condición de vida para el ser humano, y al mismo tiempo le obliga a contar con otro y le impone obligaciones generales cuyo conjunto constituye la moral, considerada así como la resultante de toda la sociedad o como el mismo lazo social.” *Ibidem*.

cultura heredada de los antepasados. Su comportamiento moral tiene una alta importancia para en el orden y buen funcionamiento de instituciones sociales tales como la familia, las empresas, las instituciones religiosas, culturales, políticas y estatales.

Es en el marco de estas interrelaciones sociales interferidas por la moral, donde el hombre aprende y replica una moral social, unos deberes sociales que son fruto cultural de las reciprocidades humanas,⁹² de la necesidad de cooperación y asociación entre los individuos para la subsistencia de la especie humana y de la convivencia pacífica.

La moral social regula la actividad del hombre en su vida social, su comportamiento con las personas en el desarrollo de las actividades sociales y hasta su comportamiento hacia los animales y la naturaleza (relación con el medio ambiente).

La moral social, de más amplio espectro o ámbito de aplicación y alta efectividad,⁹³ regula el correcto ejercicio de las profesiones,⁹⁴ artes y oficios. Un

⁹² “Hay, en efecto, germen de moralidad desde que hay reciprocidad, y hay reciprocidad en las sociedades de reproducción de los vertebrados superiores, en los que hallamos en gran número manifestaciones altruistas como preliminares del amor, preparación del albergue, cría, protección, amor de los hijos, emigración en común, juegos, amistades ente jóvenes, etc. La asociación de reproducción engendra verdaderos fenómenos morales y se funde en la asociación de relaciones, o sociedad propiamente dicha, generadora por excelencia del hecho moral.” *Ibidem*.

⁹³ “La experiencia moral está siempre dirigida hacia la participación en lo transpersonal, pues su dato más inmediato es la participación en la libertad creadora que integra en su flujo a todas las personas. Pero esta participación puede efectuarse lo mismo individual que colectivamente; se puede, en efecto, experimentar lo transpersonal por grupos, por medio de la sociedad real, o sin este intermediario. Es verdad que la experiencia moral colectiva de los grupos puede captar datos que permanezcan inaccesibles a la experiencia individual. La experiencia moral colectiva es, en este sentido, mucho más rica que la experiencia moral individual, si bien esta última posee a veces mayor movilidad”. GURVITCH, *Moral...*, Op. Cit. p. 179.

⁹⁴ Señala González Álvarez que “[...] estos códigos profesionales no son propiamente hablando códigos de “ética”, sino códigos de “moral, por cuanto no ofrecen una reflexión filosófica sistemática sobre el comportamiento profesional sino simplemente unas reglas de conducta”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética*. Op. Cit., p. 280. “[...] así toda profesión ha desarrollado, de manera más o menos explícita, su propia *ética profesional o gremial*, cuyas normas solo son vinculantes para quien ha elegido y ejerce la profesión en cuestión”. PIEPER, *Ética...*, Op. Cit., p. 31.

ejemplo de esta regulación moral de las profesiones nos la presenta el antiguo juramento Hipocrático a quienes practicaran la medicina; en el cual, previo a la invocación de los dioses médicos del panteón olímpico, se proclamaba públicamente la promesa de índole moral de procurar el bienestar y la salud de quien lo necesitare, terminado con una bendición y maldición; fórmula moral que hoy todavía se emplea con algunos cambios en su texto, en el acto de graduación de las universidades y en la posesión de altos cargos públicos.⁹⁵

En nuestra época el hombre trasciende de la esfera moral de la persona natural al ámbito de la ética corporativa, institucional, societaria o empresarial, al autocompromiso o autoregulación de las actividades y funciones de las personas jurídicas con los grupos de interés, lo que se conoce con el nombre de la responsabilidad social empresarial.⁹⁶

Hegel distingue la moral subjetiva o kantiana de una moral objetiva adquirida por el hombre en el proceso educativo que le provee la sociedad.⁹⁷ Como lo explica Annemarie Pieper, el niño no solo percibe el mundo que lo rodea de una manera

⁹⁵ “Esta lista podría alargarse a voluntad e incluir desde la “moral del obrero”, la “moral del empleado” y la “moral del funcionario” hasta la “moral del ama de casa”. Todas estas morales de grupos profesionales se basan en el principio moral general que consiste en hacer cada cual su oficio lo mejor que se pueda. Aquí, por tanto, se reconoce en el trabajo un valor en sí mismo, o dicho de otra manera: el trabajo no se define solo por las reglas técnicas que permiten un proceso laboral fluido, sino que es también una actividad que se ejerce sobre la base de unas reglas morales, particularmente en el caso de que directa o indirectamente resulten afectadas otras personas”. *Ibíd.* p. 31-32

⁹⁶ “La responsabilidad social de la empresa (RSE) pretende buscar la excelencia en el seno de la empresa, atendiendo con especial atención a las personas y sus condiciones de trabajo, así como a la calidad de sus procesos productivos. [...] Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la responsabilidad social de la empresa es el conjunto de acciones que toman en consideración las empresas para que sus actividades tengan repercusiones positivas sobre la sociedad y que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario. [...] Para el Centro Mexicano para la Filantropía (Cemefi) la Responsabilidad Social Empresarial es el compromiso consciente y congruente de cumplir integralmente con la finalidad de la empresa tanto en lo interno, como en lo externo, considerando las expectativas de todos sus participantes en lo económico, social o humano y ambiental, demostrando el respeto por los valores éticos, la gente, las comunidades y el medio ambiente y para la construcción del bien común”. Versión digital disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/> (julio 16 de 2009).

⁹⁷ Cfr. VILLACAMPA, Filosofía..., Op. Cit. p. 86.

receptiva, sino que comienza a intervenir en él de una manera impulsiva o voluntariosa, descubre que existen obstáculos para conseguir lo que se quiere, “Aprende que hay metas inalcanzables (por ejemplo, tener unas botas de las siete leguas) o que no es aconsejable alcanzar, bien porque acarrear malas consecuencias (por ejemplo, coger una cacerola caliente), o porque son prohibidas por los adultos bajo amenaza de castigo (por ejemplo, pegar a un hermano más pequeño). A su vez, hay otro tipo de objetivos (por ejemplo, ayudar a la madre) que son distinguidos con alabanza y recompensa”.⁹⁸

Señala Annemarie Pieper que “[con] el tiempo, el niño aprende a distinguir entre fines obligados (debes...), permitidos (puedes...) y prohibidos (no debes...; no puedes...) y a tener en cuenta esta diferencia no solo en relación con lo que quiere de manera inmediata, sino también en su juicio acerca de las acciones de los otros”.⁹⁹

La moral también ha sido objeto de disertación en la psicología. Explica Annemarie Pieper como el psicólogo Jean Piaget “[e]stablece una importante diferencia entre lo que llama, por una parte, la *praxis* de las reglas y, por otra, la conciencia de las reglas. El niño aprende en principio la *praxis* de las reglas, al someterse a las prohibiciones y prescripciones que se le indican, de manera análoga a como al jugar se atiene, sin cuestionarlas, a las reglas del juego. Por esto, en la primera infancia se da en el niño una moral heterónoma primeras formas de la conciencia del deber son, según Piaget, básicamente heterónomas¹⁰⁰.

A este periodo de formación le sigue un paso intermedio hacia una fase de autonomía o autodeterminación de su conducta, en la que acata la regla no porque se lo ordena una autoridad familiar, sino porque reconoce la regla y admite su exigibilidad. “Así, el niño se somete ahora a la regla primariamente porque ha

⁹⁸ Cfr. PIEPER, *Ética...*, Op. Cit., p. 15

⁹⁹ *Ibíd.*

aprendido por experiencia que esta no es algo que pertenezca unilateralmente al ámbito del poder de los adultos, sino que es producto de una praxis colectiva”.¹⁰¹

Posteriormente, el individuo al alcanzar madurez física y psicológica, con plena capacidad para autodeterminarse, adquiere sentido, conciencia¹⁰² o responsabilidad moral para actuar conforme a las reglas morales que lo impelen a cumplir con los deberes morales; en este estado de maduración se forja una intencionalidad, una autonomía interior, una personalidad moral,¹⁰³ un sentimiento moral¹⁰⁴ que es el resultado de conjugar la libertad del sujeto con la responsabilidad moral.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 16

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² “Todo hombre tiene conciencia moral, y un juez interno le observa, le amenaza, le mantiene en el respeto (respeto unido al miedo) [...]” KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Tecnos S.A., 1989. p. 303. “La conciencia moral no es tampoco algo que pueda adquirirse y no hay ningún deber de procurársela; sino que todo hombre, como ser moral, la *tiene* originariamente en sí (porque la conciencia moral es la razón práctica que muestra al hombre su deber en cada caso concreto de una ley, absolviéndolo o condenándolo). Ver KANT, *Fundamentos...*, Op. Cit., p. 256. Al respecto, afirma González Álvarez: “La conciencia moral, entendida como conocimiento reflejo del propio ser y de su operatividad, permite al hombre comprenderse a sí mismo como *poder ser*, como *proyecto*. Con esta misma idea iniciábamos nuestra reflexión ética. Volvemos a ella porque constituye no solo el fundamento de la ética, sino antes todavía el fundamento de la conciencia moral. *La conciencia moral es la misma conciencia psíquica en cuanto establece una valoración de la conducta humana*. Cuando el hombre no solamente comprende sus actos como propios, sino que los comprende con *sentido de perfección*, está ejerciendo su conciencia moral [...] la conciencia moral surge como la comprensión de la conducta en referencia a un determinado canon de perfección. Este canon de perfección viene dado por el cuadro de valores que posee una persona. Por eso hemos hablado antes de los valores. Recordemos que descubríamos los valores morales como aquellas cualidades que poseen determinado sentido de perfección para el hombre”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética*. Op. Cit., p. 135.

¹⁰³ “La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales [...] de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí mismo (bien sola o, al menos, junto con otras)”. KANT, *La metafísica...*, Op. Cit. p. 30.

¹⁰⁴ Según Kant “[el] sentimiento moral es la receptividad para el placer o el desagrado, que surge simplemente de la coincidencia o discrepancia entre nuestro acción y la ley del deber”. KANT, *La metafísica...*, Op. Cit. p. 254.

¹⁰⁵ “Responsable quiere decir que uno responde de sus actos, o que los actos son, en último análisis atribuibles al sujeto que los ejecuta. Esta Autonomía solamente es practicada por el ser dotado de reflexión, capaz de voluntad reflexiva”. Cfr. LECLERCQ, *Las grandes...*, Op. Cit. p. 20.

1.8. La relación Derecho - Moral¹⁰⁶

Francisco Laporta nos describe como desde 1897 el juez Oliver Wendell Holmes, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, decía que “[el] derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio a otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”. Este juez mostraba como el derecho utiliza términos que son característicos del lenguaje moral, como “deber”, “obligación”, “responsabilidad”, “culpa”, “malicia”, y también recurre a conceptos como “justicia” y “libertad” propios de la ética.¹⁰⁷

El derecho y la moral son ordenamientos normativos reglamentarios de la conducta humana, que permiten evaluar o juzgar esa conducta en relación con unas normas preestablecidas. Ambos ordenamientos normativos tienen formas o estructuras lógicas diferentes y constituyen construcciones culturales del hombre que mediante las normas, usos y costumbres que dimanan de la convivencia social, realizan valores;¹⁰⁸ con un ethos unificador de cada sociedad en particular, ambos ordenamientos reconocen en el hombre su actuar libre y voluntario en busca de una finalidad.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Según señala Máximo Pacheco “[las] relaciones entre el derecho y la moral han preocupado a los pensadores de todas las épocas y constituye uno de los temas más discutidos de la filosofía jurídica. Rodolfo Von Ihering decía que este problema era el “cabo de hornos de la ciencia jurídica...”. PACHECO, Teoría..., Op. Cit. p. 59-61. Afirma Ernesto Garzón Valdés, que la relación derecho-moral “no es solo objeto de una verdadera avalancha de publicaciones sino que ella misma es extremadamente variada”, cita como ejemplo el libro *Recht und Moral de Gedert*, en el que su bibliografía incluye más de 300 títulos. Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y filosofía*. 3° ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 1999.p. 177.

¹⁰⁷ Cfr. LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la moral*. 3ª Ed. México, D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S.A., 2000. p. 11.

¹⁰⁸ “Las normas que regulan la conducta humana son preceptos que tienen por fin realizar valores”. PACHECO G., Teoría..., Op. Cit., p. 40.

¹⁰⁹ “El acto voluntario es el que procede de un principio intrínseco conocimiento del fin; o el que procede de una inclinación libre de la persona con conocimiento del fin a que se dirige. El concepto de acción libre se opone al modo de obrar necesario; la libertad excluye toda forma de

El derecho y la moral son realidades complejas que presentan varias dimensiones o aristas sociales. Al hombre se deben y por él se construyen y revitalizan. En este sentido, ambas tienen que ver con los actos o impulsos humanos, ambas parten del elemento volitivo y cognoscente del hombre,¹¹⁰ de los conceptos de obligación, deber y libertad del hombre en sociedad, involucrando categorías, tales como, la buena fe, los actos culposos o dolosos, la autoimputabilidad o heterimputabilidad de un acto y de sus efectos, la responsabilidad ante sí y ante los demás por estos actos, entre otras. El hombre al ser libre y dueño de su conducta y, por ende, de su destino, es responsable de las consecuencias que sus actos generen, de su moralidad, de la conciencia o la intencionalidad, del fuero interno como del externo, de las manifestaciones de la conducta y su concordancia con una norma, ya sea ésta moral o jurídica, del cumplimiento del deber y de la obligación, de la validez.

La moral tiene su origen en las tradiciones sociales, filosóficas y religiosas de un pueblo,¹¹¹ y el derecho, a su vez, encuentra su fuente real de creación en la realidad social, cultural, económica y política de una sociedad. La moral como el derecho se intrincan por los senderos de la ontología, la deontología y teleología para delimitar su territorio y sus fronteras; ambos ordenamientos establecen

necesidad o determinación; por ello hombre libre es el que tiene potestad o es dueño de sus acciones". *Ibíd.*, p. 33.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

¹¹¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-224 de 1994, al analizar los cargos de inconstitucionalidad del artículo 13 de la ley 153 de 1887, reconoció que la costumbre general y conforme con la moral cristiana, no es contraria con los principios constitucionales, siempre que sea *praeter legem* o *secundum legem*. Admitió que el pueblo puede crear derecho objetivo a partir de la costumbre, de esta manera la moral sería una construcción social producto de la costumbre, y no una moral individual. Para la Corte "lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social." Al pronunciarse acerca de la moral cristiana expreso: "La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la "opinio juris", según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral".

imperativos o mandamientos de conducta, en términos Kantianos.¹¹² La moral que ordena a la voluntad autónoma sin coacción, en términos absolutos, el deber ser de una conducta que de por sí misma es valiosa, para que sea realizada sin condiciones, ambiciones, recompensas o por temor al castigo, como imperativo categórico, y el derecho, que por el contrario, manda coercitivamente y por motivos extrínsecos, donde la prescripción o el deber ser jurídico somete heterónomamente la voluntad del sujeto, como imperativo hipotético, en tanto que éste como verdad posible pende de su realización para la imputación de una consecuencia normativa.

Una clara prueba de la relación existente entre el derecho y la moral, lo da el hecho de que sendos ordenamientos normativos se nutren del concepto **deber**,¹¹³ visto en distinta forma y con contenidos distintos: para uno, deber moral¹¹⁴ y, para otro, deber jurídico.

Una conducta que consagra un deber puede tener, al mismo tiempo, una connotación moral y jurídica, por ejemplo, el deber de no mentir, el deber de los padres de suministrar alimentos a sus hijos menores, el deber de socorro, la solidaridad. En estos ejemplos existen deberes regulados por una norma jurídica

¹¹² Cfr. GAVIRIA DÍAS, Temas..., Op. Cit., p. 17 y siguientes.

¹¹³ “Es natural, por otra parte, que un concepto que ha sido elaborado con miras a hacerlo cumplir una cierta faena (v. gr.: subrayar ciertas distinciones que se juzgan importantes) resulta inadecuado cuando se lo quiere emplear para otros fines. Así, un concepto de deber jurídico armado con vistas a perfilar con toda nitidez la distinción entre Derecho y moral, puede erigirse en obstáculo para hacer o reconocer otras distinciones. Por ejemplo, las que Holfeld y Koucourek formulan –o mejor, recogen– cuando aíslan las diferentes modalidades pasivas. [...] Además, puesto que el Derecho es empuñado hoy como herramienta para alcanzar las finalidades más variadas, es posible preservar la utilísima distinción entre Derecho y moral sin que esa distinción nos comprometa a adoptar un concepto de deber jurídico rígidamente definido ni a hipertrofiar su función. Hoy es sin duda demasiado tosco decir que el *único* criterio distintivo entre Derecho y moral (o, si se prefiere, entre deber jurídico y deber moral) es el tipo de sanción que en uno y otro dominio se emplea, así como afirmar que la función primordial del Derecho es crear deberes.” CARRIÓ R. Genaro. Sobre el Concepto de Deber Jurídico. Buenos Aires: Editorial El Gráfico Impresores, 1966. pp. 49-50.

¹¹⁴ “Deber es la acción a lo que alguien está obligado. Es, pues, la materia de la obligación, y puede ser el mismo deber (según la acción), aunque podamos estar obligados a él de diversos

y, al mismo tiempo, unos deberes morales impuestos por la sociedad, pero aunque dichos deberes tengan coincidencia en sus finalidades, es preciso hacer una distinción.¹¹⁵ El precepto mediante el cual se formula el deber de conducta, objeto de toda obligación moral o jurídica, estructura la base normativa tanto del derecho como de la moral, el mismo indica la conducta pendiente de realización, el comportamiento obligado, ya sea ordenado negativa o positivamente, para la realización de un valor; el deber ser de las relaciones humanas intersubjetivas, pero con diferentes y específicas respuestas por el incumplimiento del precepto.

Así pues, se diferencia la conducta moral que enfatiza en la pureza de la intención, en la consciencia libre de culpa, de cuya transgresión nace la falta de moral, del derecho que destaca el acto humano generador de consecuencias jurídicas, de donde se origina la sanción jurídica. Ambos sistemas tienen su propia órbita, fuero o ámbito de aplicación,¹¹⁶ para uno, el interno (*fórum internum*), la conciencia-intención y, para el otro, el externo (*fórum externum*), la conducta¹¹⁷ transformadora de la realidad externa, tentada o consumada, perceptible por los sentidos,¹¹⁸ sin que este solo criterio de división de las obligaciones morales y

modos [...] Todo concepto de deber encierra una coacción objetiva de la ley (como imperativo moral que restringe nuestra libertad). KANT, *La metafísica...*, Op. Cit. pp. 29 y 302.

¹¹⁵ Según Pacheco “[es] preciso no confundir estos deberes porque aunque se parezcan son distintos debido a que cada tipo de normas determina un tipo especial de deberes. [...] por otra parte es necesario distinguir entre el deber específicamente jurídico, creado por la norma jurídica, y el deber moral de cumplir lo que manda las normas del Derecho vigente. Ellos son deberes distintos, aunque se den como coincidentes. El deber jurídico se funda única y exclusivamente en la existencia de una norma de Derecho positivo que lo impone. El deber moral de cumplir lo ordenado en las normas jurídicas tiene como contenido dichas normas pero no se funda en ellas sino en valores morales.” PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit. pp. 189 y 190.

¹¹⁶ “Se dice entonces que mientras la obligación moral vincula territorios del fuero interno y extrae su fundamento y mérito del motivo interno del obrar, la obligación jurídica somete tanto la exterioridad de la acción y exige solo el cumplimiento externo del mandato sea cual sea el motivo de ese cumplimiento: cálculo, temor, prudencia etc.” LAPORTA, *Entre...*, Op. Cit., p. 47.

¹¹⁷ Explica la Corte Constitucional que “[se] debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.” Ver sentencia T-295 de 1999.

¹¹⁸ “Gustavo Radbruch ha reelaborado la distinción entre Derecho y moral a partir de los conceptos que venimos examinando (exterioridad e interioridad) en términos rigurosos y –a nuestro juicio–

jurídicas, admita su separación tajante.

Aunque los preceptos morales o jurídicos regulan de manera diferente el ámbito de aplicación de la exigibilidad de las conductas, uno el autónomo, la íntima convicción, la voz interna y, el otro, el heterónomo, la conducta impuesta por orden de autoridad competente, en los dos ordenamientos se da un juicio de reproche por la conducta, en la moral, la sanción se da en forma de reproche interno o social y, en el derecho, además de la anterior sanción se aplica una sanción coercible que convierte el precepto en mandato,¹¹⁹ persistiendo la conexión entre derecho y moral.

En este punto existe una intensa discusión entre algunos doctrinantes sobre la relación existente entre el derecho y la moral, pues un sector de la doctrina defiende la tesis de que existe una relación de necesidad y dependencia entre el derecho y la moral, entre continente (forma) y contenido (sustancia), mientras que otro sector, por el contrario, niega la anterior tesis, afirma que no existe tal nexo y, a través de la explicación de las diferencias y características conceptuales entre uno y otro ordenamiento, ratifican una distinción absoluta entre la moral y el

exactos. Según el insigne jusfilosofico tal modo distintivo debe preservarse solo para indicar la dirección de intereses de uno y de otro sistema normativo, no para separarlo de manera tajante. La función de la moral no se agota en la valoración de los propósitos. Es también de su incumbencia acicatear al agente para que los plausibles se traduzcan en actos y los censurables sean inhlbidos. Al Derecho a su turno, no le compete solo valorar resultados sino también (cuando ellos contrarían sus directivas) explorar las intenciones que informaron el comportamiento. Una moral de meros nobles propósitos resulta tan estéril, como desalmado un sistema jurídico desdeñoso de las actitudes internas del sujeto, incidentes en su conducta.” GAVIRIA DÍAS, Temas..., Op. Cit. pp. 33-34. Hart al reflexionar sobre esta diferencia entre moral y Derecho afirma que “[...] aunque esta teoría encierra un atisbo de la verdad, tal como se la formula es profundamente equivocada.” H.L.A, Hart. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot, 1998. pp. 214-215.

¹¹⁹ “Por eso, el precepto, si puede bastar, no siempre basta; incluso la más de las veces no bastaría sino estuviere reforzado por una amenaza a la cual se da el nombre de sanción; entonces pasa a ser un mandato: si haces lo que yo te prohíbo que hagas, serás castigado; si no das lo que te ordeno que des, te será quitado. La sanción introduce la fuerza en la noción de Derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca el precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto. Este elemento de la fuerza constituye la **verdadera diferencia entre el Derecho y la moral**, [...] El Derecho es, pues, **una combinación de fuerza y de justicia**; de ahí que en su emblema se encuentre la espada al lado de la balanza.” CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el

derecho.

La discusión acerca de la relación moral y derecho pone en consideración el concepto del derecho como es (derecho positivo), y el derecho como debería ser de acuerdo con la moral o la justicia; esto es, con lo que se ha llamado el derecho natural o racional.¹²⁰ Un concepto de derecho como debería ser, guiado por la moral, estaría dirigido fundamentalmente a los operadores jurídicos, al legislador y a la administración pública. Explica Garzón Valdés que “[así] entendida, la cuestión de la relación entre derecho y moral es una cuestión de política jurídica y de metodología jurídica; [...]”.¹²¹

Pero un punto históricamente relevante de la discusión entre los doctrinantes, de importancia para la filosofía y la teoría general del derecho, ha sido el de resolver el dilema de si el derecho positivo debe ser obedecido cuando en determinadas circunstancias éste va en contravía de los principios morales; como cuando en un mismo hecho se contraponen deberes jurídicos con los morales. En este caso aparece clara la discusión, aun pendiente de respuesta,¹²² si entre el derecho y la moral existe una relación conceptual, de forma tal que la violación de la norma moral por parte de la norma positiva le hace perder su juridicidad u obligatoriedad, dado que el derecho para que sea derecho debe estar conforme con la moral. De su respuesta “[...] depende no solo la definición misma del concepto de derecho sino de casi todos los conceptos jurídicos fundamentales, especialmente los de deber jurídico, validez jurídica, fuentes del derecho, creación del derecho,

Derecho. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997. pp. 20-21.

¹²⁰ Cfr. GARZÓN VALDÉS, *Filosofía...*, Op. Cit. p. 73.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Al respecto afirma Mantilla Pineda: “El Derecho es un principio ético o valor. La moral también es un principio ético o valor. Como el Derecho y la moral tienen un mismo género próximo, surge el problema de la diferenciación específica del Derecho. ¿Qué distingue el Derecho de la moral? Este es un problema de tanto interés para el filósofo como para el jurista. Los tratadistas del Derecho civil, por ejemplo, se muestran vivamente interesados en este problema y le conceden lugar importante en sus investigaciones de propedéutica civil.” MANTILLA PINEDA, *Filosofía...*, Op. Cit. p.118.

ordenamiento jurídico, etc.”.¹²³

Sobre la existencia de una relación conceptual necesaria entre la moral y el derecho o su distinción o separación absoluta, son varios los filósofos y doctrinantes del derecho que históricamente han tomado una u otra posición. Veamos:

Para Santo Tomás de Aquino (1225-1274) el derecho y la moral son

[...] dos ordenamientos de la actividad humana; los dos racionales, los dos éticos en cuanto enderezados al bien humano, el cual, aunque puede ser también útil y deleitable, debe ser siempre honesto. Los dos son también sociales, pero aquí está la divergencia entre los dos órdenes. El moral ve al hombre colocado en la sociedad universal o espiritual de los seres racionales, cuyo bien común hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. [...] El orden jurídico, en cambio, ve al hombre moverse en la sociedad exterior, cuyo bien común, al menos de modo inmediato y controlable, no se funda sin el efecto de la actividad externa. Por lo tanto el orden moral inviste a todo hombre, promoviéndolo directamente a toda perfección, aun a aquella que el ojo empírico ve como individual e interior; el orden jurídico se limita a regular las acciones externas en cuanto con ellas los hombres mueven sus relaciones de justicia, y en cuanto son regulables con medios sociales”.¹²⁴

Cristián Tomasio (1655-1728), citado por Máximo Pacheco G. en su libro “Teoría del derecho”, es considerado como el primero que planteó la distinción entre el derecho y la moral, guiado más por intereses políticos para reivindicar la libertad de pensamiento y de conciencia. Estableció en su libro “Fundamenta iuris naturae et gentium” (1705)¹²⁵ la distinción de los fueros interno para la moral y externo para el derecho, de donde se desprende la incoercibilidad del primero y la

¹²³ *Ibíd.*, p. 74.

¹²⁴ GRANERIS, Giuseppe. Contribución tomista a la filosofía del derecho. Citado por PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit., pp. 62-63.

¹²⁵ Cfr. *Ibíd.*

coercibilidad del segundo. Formuló para el derecho y la moral los siguientes preceptos fundamentales: “no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho”, y “hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hicieran así mismos”.¹²⁶

Immanuel Kant continuó desarrollando las doctrinas de Tomasio, diferenciando en su metafísica de las costumbres la teoría del derecho y la teoría de la virtud o la ética, primando, en la primera, la legislación externa y, en segunda, la legislación interna. Para Kant ambas legislaciones no tienen diferenciación en su finalidad mediata, ya que las dos buscan garantizar la libertad humana, pero en sus fines inmediatos si se diferencian debido a que el derecho busca garantizar la libertad externa del hombre,¹²⁷ en tanto que la moral busca lo mismo pero en el ámbito interno; otra diferencia se encuentra en la coacción, ya que el derecho la admite¹²⁸ mientras que la moral la rechaza. Kant señaló además, que la moral y el derecho difieren en cuanto al objeto, ya que el derecho comprende los deberes externos y la moral los internos y los externos,¹²⁹ “[...] ya que la moral se fundamenta en el imperativo categórico –“procede siempre de tal modo que la máxima (motivo) de tu acción pueda valer en todo tiempo como principio de una legislación universal”– y tiene su origen primario en la razón humana, en tanto que el Derecho emana de la autoridad; por el fundamento de validez, porque el Derecho lo encuentra en la

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 63.

¹²⁷ “Una acción es *conforme a derecho* (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal.” KANT, *Fundamentos...*, Op. Cit., p. 39.

¹²⁸ “Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir contrario a derecho (*unrecht*), entonces la coacción que se opone, en tanto que *obstáculo* frente a lo que *obstaculiza* la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”. *Ibíd.*, pp. 40-41.

¹²⁹ “[...] pero ¿por qué damos usualmente a la doctrina de las costumbres (moral) el título de la doctrina de los *deberes* (sobre todo Cicerón), y no también doctrina de los *derechos*, puesto que unos se refieren a otros? –la razón es la siguiente: solo conocemos nuestra propia libertad (de la que proceden todas las leyes morales, por tanto, también todos los derechos así como los deberes) a través del *imperativo moral*, que es una proposición que manda el deber, y a partir de la cual puede desarrollarse después la facultad de obligar a otros, es decir el concepto de derecho”. *Ibíd.*, pp. 50-51.

legalidad, mientras que la moral lo halla en la moralidad; [...]”.¹³⁰

Una separación absoluta entre el derecho y la moral la formula Juan Amadeo Fichte (1762-1814), al afirmar “[...] que entre el Derecho y la Moral existe una oposición absoluta, en atención a que el primero permite actos que la segunda prohíbe, como por ejemplo, que el acreedor sea despiadado con su deudor”.¹³¹

Enrique Ahrens (1808-1874) toma una posición más moderada, argumentando que “[tanto] la Moral como el Derecho tienen como fundamento el bien objetivo; pero respecto a las relaciones humanas, la Moral se refiere únicamente a la intención del sujeto, mientras que el Derecho atiende a la conducta externa del individuo en cuanto ésta es necesaria para la existencia y progreso de la vida social. [...] Termina agregando que lo Moral debe dominar a lo jurídico, y que todo lo que el derecho ordena o impide también lo manda o prohíbe la moral”.¹³²

Giorgio Del Vecchio (1878-1970) afirmó que tanto el derecho como la moral, al ser normas regulatorias de la conducta humana, deben ser coherentes y no pueden ser contradictorias entre sí, porque el objeto de dichas normas es la conducta humana que es única, por lo que “[entre] Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y mucho menos antítesis”.¹³³ Para Del Vecchio el derecho se diferencia de la moral en cuanto que el derecho es bilateral y la moral es unilateral.

Afirma:

[la] Moral indica un deber cuyo cumplimiento podrá tener efectos, además de para el agente, para otras personas, pero no da normas a éstas, no determina el comportamiento de éstas: por la norma moral se define solo la conducta de aquel al que se impone un deber. El Derecho, en cambio, señala el contenido de la conducta de un sujeto, considera siempre en relación con la de otro sujeto. De un lado se impone a una de las partes una obligación; de otro

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 64.

¹³¹ PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit., p. 64.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*, 66.

lado se atribuye a la otra una facultad o pretensión coercitiva; y no se trata de dos cosas distintas; es una sola determinación jurídica la que asigna, al mismo tiempo, la obligación de uno y la pretensión o exigencia del otro. Se puede decir que este concepto de la bilateralidad es el elemento fundamental y esencial del edificio jurídico”.¹³⁴

Hans Kelsen (1881-1973) ha sido uno de los más destacados juristas que ha delimitado claramente el derecho de la moral,¹³⁵ la metafísica y las ciencias naturales, reconociendo que existen otras clases de normas sociales como la moral que también “[...] regulan el comportamiento recíproco de los hombres...”,¹³⁶ y que en consecuencia no es la ciencia del derecho la única disciplina dedicada al estudio y conocimiento de estas normas sociales, ya que la ética también lo hace, y “[en] tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho”.

Kelsen criticó el cuestionamiento que se le hace al carácter social de la moral, pues “[también] las llamadas obligaciones del hombre consigo mismo son obligaciones sociales. Carecerían de sentido para el individuo que viviera aislado”.¹³⁷ De igual manera consideró incorrecto la distinción que se hace de la moral y el derecho, en cuanto a que la primera regula la conducta interna y el segundo la externa,¹³⁸ ya que “[las] normas de ambos órdenes determinan ambos

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ “La posición de Kelsen a este respecto se entiende mejor si se piensa que para él los enunciados morales no son susceptibles de justificación racional ni de fundamentación científica; son irremediamente irracionales y puramente subjetivos. Frente a ellos las normas jurídicas tienen que estar dotadas de una dimensión objetiva de validez que posibilite su fuerza general en una determinada sociedad. Para establecer ese significado objetivo estrictamente jurídico de la noción de validez es para lo que se elabora **la teoría pura del Derecho**”. LAPORTA, Entre..., Op. Cit., p. 15.

¹³⁶ KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. 15ª Ed. México: Editorial Porrúa, 2007. p. 71.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 72.

¹³⁸ En este sentido, en error conceptual ha incurrido la Corte Constitucional, cuando en la sentencia C-456 del 13 de octubre de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó que “[así] como es improcedente que la autoridad religiosa impere en el orden civil, también resulta impropio que la ley civil tenga efectos sobre cuestiones que atañen únicamente a la conciencia de los individuos, pues la filosofía jurídica de todas las tendencias, desde los clásicos, hasta las corrientes modernas y

tipos de conducta”.¹³⁹

Tampoco estuvo de acuerdo con que se distinga el derecho de la moral por la forma en que se producen las normas, por cuanto la moral como el derecho se producen por la costumbre y, tanto como el derecho, la moral también puede ser positiva cuando es instaurada conscientemente por un profeta, o por el fundador de una religión, y esta moral puede ser objeto de “ética científica”, de la misma manera como el derecho es objeto de la ciencia jurídica.¹⁴⁰

Para Kelsen el orden moral carece de órganos centralizados, encargados de la aplicación de la norma, “[pero] también un orden jurídico primitivo es plenamente descentralizado y, en este respecto, no puede ser diferenciado de un orden moral”. Por esto “[no] cabe reconocer una diferencia entre el derecho y la moral con respecto de qué sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana”.¹⁴¹

Por lo anterior, para Kelsen el derecho, contrario a lo que pasa con la moral, se distingue por ser un sistema normativo que ordena determinada conducta, instituyendo sanciones coactivas por su incumplimiento, mientras que la moral establece sanciones que solo aprueban o desaprueban la conducta trasgresora de la norma, sin que medie el uso de la fuerza física socialmente organizada.¹⁴²

De otro lado, Kelsen considera que la afirmación de que el derecho, de acuerdo

contemporáneas, pasando por los nominalistas, es unánime en concluir que la ley positiva regula únicamente la convivencia, dejando que la ley moral sea la adecuada para regular la intimidad de la propia convicción”.

¹³⁹ KELSEN, Teoría..., Op. Cit., p. 72.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴¹ *Ibidem.*

¹⁴² *Ibidem.*

con su naturaleza, debe ser moral (justo) o configurar un mínimo de moralidad¹⁴³ y que, por lo tanto, un orden inmoral no constituye derecho, presupone la existencia de una única moral, o mejor, de una moral absoluta válida para todo tiempo y lugar, lo que contradice la existencia en distintas épocas, clases, profesiones y hasta en un mismo pueblo, de diferentes sistemas morales válidos, distintos y, a veces, hasta contradictorios entre sí.

Por otra parte, H. L. A. Hart (1907-1992), expresó con respecto a las semejanzas y diferencias entre las normas morales y las jurídicas, que “unas y otras reglas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado y están sustentadas por una seria presión social en procura de la conducta regular; el cumplimiento de las obligaciones morales y de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente”. Y continúa: “[...] tanto el Derecho Como la Moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir”.¹⁴⁴

Hart elaboró algunas distinciones básicas entre el derecho y la moral. Veamos:

Por su importancia, una regla moral manifiesta su observancia cuando limita los impulsos y las pasiones humanas, presentándose un sacrificio considerable al interés personal en beneficio del ajeno por la fuerte presión social que se ejerce tanto para la conformidad de las conductas individuales con los preceptos morales como, también, para que estos sean enseñados o transmitidos de manera corriente a todos los integrantes de la sociedad, y por el reconocimiento general de su importancia, sin el cual ocurrirían hechos lamentables. Por el contrario, el derecho puede ocupar socialmente, en algunos casos, una escala de importancia inferior a la moral, debido a que no exige gran sacrificio personal para su satisfacción, la

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 78.

¹⁴⁴ Cfr. PACHECO G., *Teoría...*, Op. Cit., pp. 68-69.

sociedad no exige gran presión para su cumplimiento y no sobrevienen grandes cambios si no se observan o son cambiadas las normas. Una regla jurídica y una regla moral pueden prohibir o exigir la misma conducta, en este caso la regla jurídica será tan importante como la moral, pero esta importancia no es esencial al status de la regla jurídica como si lo tiene la regla moral, por esto la regla jurídica persiste vigente hasta su derogatoria, aunque no tenga importancia social, lo que no ocurre con la norma moral, la cual no tiene vigencia u obligatoriedad en una sociedad si nadie la considera importante.¹⁴⁵

Hart, pese a ser un reconocido positivista, admite que existen relaciones o conexiones entre el derecho y la moral,¹⁴⁶ reconociendo la influencia de la “moral social aceptada” sobre el derecho, la cual es introducida en el derecho por el legislador, o a través del proceso judicial; al respecto, expresa Hart que “[...] las leyes pueden ser una envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por los delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral”,¹⁴⁷ por esto plantea Hart que existe una especie de conexión necesaria¹⁴⁸ entre el derecho y la moral.¹⁴⁹

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁴⁶ “En algunos sistemas, como los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral.” Hart, *El Concepto...*, Op. Cit. p. 252.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ “A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como los que hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y la moral”. *Ibíd.*, p. 253.

¹⁴⁹ “[...] ningún “positivista” podría negar que estos hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos dependen en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida”. *Ibíd.*

Para Hart, el juez en su labor interpretativa del derecho (leyes y precedentes), y dado la “textura abierta del derecho” aplicable a cada caso en especial, realiza una función dinámica y no “mecánica” en la aplicación de las normas, actividad creadora del derecho que para algunos es señalada como legislativa, la cual parte del presupuesto de que las reglas jurídicas tienen un propósito razonable, “[...] que no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos”.¹⁵⁰

Robert Alexy plantea “el argumento de la corrección”,¹⁵¹ el cual es formulado tanto por las normas jurídicas como por “las decisiones judiciales aisladas”, por una parte, y por la otra, cumplen una función clasificatoria como jurídicos, o no, de las normas y de los ordenamientos jurídicos si formulan explícitamente o implícitamente la pretensión de corrección, y cualificatoria si éstos a pesar de ser jurídicos al formular la pretensión de corrección presentan una deficiencia jurídica. “[...] de esta manera, la pretensión de corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta”.¹⁵²

Alexy, fundamentado en el argumento de la pretensión de corrección, en su carácter clasificatorio, afirma la tesis del “argumento de la injusticia”,¹⁵³ consistente en que “[...] cuando las normas de un régimen injusto presentan una extrema injusticia, ellas deben ser privadas del carácter jurídico, y con ello también de validez jurídica”; así, los actos injustos serían jurídicamente deficientes por violar

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ “Alexy introduce la idea de pretensión de corrección como un elemento necesario del derecho para argumentar a favor de una relación conceptual entre derecho y moral. Afirma, a su vez, que la pretensión de corrección en el derecho es una pretensión de justicia, y que esta pretensión de justicia es la que oficia de vínculo con la moral. Bulygin, que sostiene lo opuesto a Alexy, es decir que la relación entre derecho y moral es meramente contingente, considera a la propuesta de Alexy contradictoria en su planteamiento e insuficiente en su fundamentación.” GAIDO, Paula. “La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral”. En: Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho. Vol. 18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (enero de 2001). p. 16.

¹⁵² *Ibid.*, p. 54.

¹⁵³ Para obtener una mayor explicación sobre esta tesis, Alexy remite al lector a su libro *Begriff und Geltung des Rechts*, pp. 71 y ss.

el argumento de la corrección. La anterior tesis encuentra su razón jurídica en el argumento de la pretensión de corrección, la cual se encuentra necesariamente conectada con los actos jurídicos.

Continúa Alexy, señalando que tal como lo afirma Hart, “[...] todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*)”, por la vaguedad del lenguaje jurídico, las antinomias jurídicas y las anomias para decidir en casos especiales.¹⁵⁴ En este ámbito de apertura del derecho positivo, presente en todo sistema jurídico, el juez puede “[...] crear discrecionalmente nuevo derecho sobre la base de pautas extrajurídicas”,¹⁵⁵ en este ámbito de apertura el juez tiene el deber jurídico de decidir correctamente, deber jurídico que también se refiere “[...] a la aplicación correcta de normas morales correctas, ya que por definición en el ámbito de apertura no se puede decidir solo sobre la base de las normas de derecho positivo. [...] En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia. Con ello, desde una perspectiva metodológica o de la teoría de la argumentación, la pretensión de corrección crea una conexión necesaria de derecho y moral”.¹⁵⁶

Concluye Alexy que “[...] la pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia...”,¹⁵⁷ justicia entendida “como corrección con respecto a la distribución y al equilibrio”, y de la que todos los sistemas jurídicos no pueden prescindir, por lo que las preguntas que se realicen sobre la justicia son preguntas morales, debido a que “[si] el derecho realiza distribuciones y equilibrios incorrectos, comete por ello una falla *moral*. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente

¹⁵⁴ GAIDO, La pretensión..., Op. Cit. p. 58.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 59-60.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 114.

formulada por el derecho es, sin embargo, una *falla jurídica*".¹⁵⁸

Igualmente, ya relacionado con los principios jurídicos, explica Agudelo Ramírez que "[para] Dworkin, los principios son normas morales que no son promulgadas por acto de autoridad, ya que no son establecidos, debieron ser descubiertos por el juez al momento de la decisión. Su aplicación depende de los diferentes grados, por lo que el juez debe descubrir en cada caso cual es el principio aplicable, por medio de un proceso de abstracción que se realizará al interior del propio derecho".¹⁵⁹

El conocido tratadista italiano Luigi Ferrajoli, plantea que las divergencias conceptuales de otras épocas sobre la separación o confusión entre el derecho y la moral,¹⁶⁰ entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo han "[...] perdido gran parte de su significación filosófico-político, al haber cambiado los términos de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre el derecho como

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 115.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 2ª Ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. Citado por AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2006. p. 94.

¹⁶⁰ Una posición interesante expone el profesor Juan Fernández Carrasquilla, quien explica que la relación existente entre derecho y moral no es de estricta necesidad y dependencia, sino de complementariedad para el logro de los fines deónticos que le son comunes, señala que: "Ética y Derecho penal deben guardar entre sí ciertas relaciones de armonía, evitando estos nocivos excesos: a) El de la supeditación del Derecho penal a la moral o la ética social del momento –que conduce a la "moralización del Derecho penal" y por tanto, de nuevo, a la indistinción entre Derecho y moral, delito y pecado, poniendo la pena al servicio de determinadas morales positivas–, y b) El de la separación absoluta o independización de los fundamentos y consecuencias del Derecho penal con respecto a la moral y a la ética social, porque con ello se pueden surtir efectos tan perniciosos como los siguientes: la reducción del Derecho penal a un instrumento meramente tecnicista o conductista que no cuenta para nada con la libertad humana y que tampoco encuentra el límite de la dignidad a la hora de prescribir penas o tratamientos "eficaces"; el hombre podría, según eso, ser convertido en mero objeto del poder punitivo tratado por éste como cosa o máquina; perdería sustento la necesidad de preservar a toda costa los Derechos humanos internacionales y mantener el postulado de su prevalencia sobre todo otro tipo de Derechos o pretensiones, incluso de y sobre todo de índole colectiva, etc., siempre que, en un momento dado, un interés colectivo –v. gr. la seguridad nacional– se estime superior a los Derechos individuales de todos o de algunos. Muchos hombres estarán amenazados en su dignidad y, por ende, en su calidad de personas, y por lo mismo lo estará la humanidad de todos (o al menos la de todos los que hagan parte de los "otros"). FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental I. 3ª Ed. Bogotá D. C.: Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. pp. 74-75.

es y el derecho como debe ser”.¹⁶¹ Al respecto expresa que:

De hecho ha sucedido, con la formación de los modernos estados constitucionales, que el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado: [...] Todos estos principios, afirmados por las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII en forma de derecho o de derechos naturales, han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos *fundamentales* [...] El resultado de este proceso de positivización del derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extra jurídico...”.¹⁶²

Con la constitucionalización del ordenamiento jurídico,¹⁶³ la Constitución, como norma superior, crea una conexión entre moral y derecho, al hacer una directa remisión a importantes preceptos morales, dotándolos de rigor jurídico superior, en una especie de proceso moralizador del derecho. Estas normas jurídico-morales de rango constitucional, han impuesto obligaciones negativas al Estado, limitando su poder de interferencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos; han consagrado normas de contenido moral que en determinadas circunstancias son eximentes de responsabilidad en el cumplimiento de las normas jurídicas, como son las cláusulas del secreto profesional, la obediencia debida, el derecho a la desobediencia civil contra normas jurídicas que violen flagrantemente reglas morales;¹⁶⁴ otras normas constitucionales protegen el ámbito de la moralidad individual, como el derecho a la intimidad, el derecho al libre desarrollo de la

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 3ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 356.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”. Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.” Salvamento de voto del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional (Temas: referendo, reelección presidencial, acto legislativo 02 de 2004).

personalidad y, aun, de la moral social y la moral administrativa.¹⁶⁵ Todo lo anterior, sin tener en cuenta la fundación del Estado en un completo catálogo de valores y principios constitucionales, que constituyen “la constitución de la constitución”,¹⁶⁶ entre los principios sumos de justicia y dignidad humana.

Consideramos que la discusión sobre la separación o conexión entre derecho y la moral continuará, es una discusión no saldada aún por los doctrinarios positivista o jusnaturalistas, pero con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, en la cual se evidencia la conexión entre validez jurídica y justicia, entre el derecho como es y el derecho como debe ser, debe admitirse, como lo admiten reconocidos positivistas, al reconocer que existe relación o conexión entre el

¹⁶⁴ Cfr. LAPORTA, Entre el Derecho..., Op. Cit., p. 63.

¹⁶⁵ Los siguientes artículos de la Constitución Política consagran contenidos moralizadores de la sociedad: Artículo 34. “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.” Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.” Artículo 67. “[...] Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación **moral**, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo...” Artículo 68. “[...] La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad **ética** y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.” Artículo 88. “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la **moral administrativa**, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”. Artículo 182. “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter **moral** o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración...” 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.” **Artículo 219.** “La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley”.

¹⁶⁶ “[...] ya que los valores o principios fundamentales son como dijera Peter Habermas la esencia de la constitución: la constitución de la constitución”. Salvamento de voto del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería, a la sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional.

derecho y la moral, y la influencia de la moral sobre el derecho evidencia por el legislador en las leyes en los que desarrolla diferentes temas de un claro contenido ético o moral, mostrando que en una gran variedad de normas¹⁶⁷ la moral es un bien jurídico tutelado¹⁶⁸, o a través de las sentencias en los procesos judiciales, que en palabras de Robert Alexy, introducen en el ordenamiento jurídico mediante una pretensión de justicia reformulación del derecho.

El derecho no es un fin en sí mismo, está al servicio del hombre, y es imposible considerar al hombre en sociedad como un ser amoral; por lo tanto, si el derecho interfiere coercitivamente las relaciones intersubjetivas, determinado las relaciones jurídicas entre los hombres, regula inevitablemente relaciones morales, situación que es más clara cuando se positivizan los valores morales, convirtiéndolos en valores jurídicos¹⁶⁹, formulados en el ordenamiento jurídico en los principios y reglas jurídicas, lo cual evidencia la íntima conexión existente entre el derecho y la moral, para la realización de un valor implícito o explícito en la norma jurídica¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Una muestra de ello nos lo da el artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, artículo que tiene como teleología prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos, para evitar la acumulación de funciones públicas en un servidor y el consecuente enriquecimiento indebido por cuenta del tesoro público, en contra vía del principio constitucional de moralidad administrativa (Art. 209) que es el bien jurídicamente tutelado con la prohibición constitucional, en nuestra Constitución Política encontramos otras normas de contenido moral, como el artículo 122 que consagra el deber del servidor público para empezar a ejercer su cargo **prestar juramento** de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, igualmente antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, **bajo juramento**, el monto de sus bienes y rentas.

¹⁶⁸ “Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos”. Corte Constitucional sentencia C-133 de 1993.

¹⁶⁹ “En síntesis, podemos decir que, para nosotros, el valor jurídico es aquel que encuentra en el Derecho su condición necesaria y suficiente de existencia; y, en nuestro concepto, el único que tiene esta característica es la justicia, que se encuentra vinculada de modo más estrecho a la existencia del Derecho. La justicia queda realizada por el solo hecho de existir un Derecho vigente, porque el Derecho es el objeto de la justicia”. PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. OP. Cit., p. 478.

¹⁷⁰ Cfr. PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. OP. Cit., pp. 40-41.

En este punto concluimos con la posición del profesor Máximo Pacheco G., al reiterar que:

[e]l orden jurídico forma parte esencial orden moral, pero no puede confundirse con éste. Ambos son diferentes, pero no opuestos ni contradictorios. El Derecho regula las acciones del hombre con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana. La moral regula la conducta libre del hombre, de conformidad con los dictados de la recta razón, con el propósito de que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su fin último. Todo el orden jurídico forma parte del orden moral porque representa esencialmente la aplicación de las normas morales a las relaciones sociales. En consecuencia, el Derecho es parte esencial de la Moral. (...) Por ello cuando el Derecho está en contra de la Moral Deja de ser Derecho¹⁷¹.

1.5. La moral en la jurisprudencia nacional

En Colombia las Altas Cortes han elaborado, aunque no de una manera sistemática, una reiterada doctrina sobre los efectos, la importancia y la naturaleza de la relación entre el derecho y la moral, destacando la trascendencia que representa la moral para el derecho, lo que es de suma importancia para el derecho procesal, por la aplicación en este campo del derecho del principio de moralidad, como eje regulador de los deberes, facultades y poderes-deberes, entre ésta el poder-deber oficio probatorio.

Mucha de esta doctrina jurisprudencial desarrollada se debe al análisis y aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, veamos algunos ejemplos:

La Corte Constitucional en sentencia C-319 de 1996, al estudiar la constitucionalidad del artículo 148 del Código penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995, y el artículo 1º del decreto 1895 de 1989, concernientes al delito del enriquecimiento ilícito, expresó que el bien jurídico tutelado por el

legislador fue la “moral social”. Valor que el constituyente quiso preservar al consagrarlo en otras normas de nuestra Constitución¹⁷² para prevenir el enriquecimiento por medios ilegales, lo cual atenta contra la sana convivencia y la adquisición de bienes por medios o vías legales.

La Corte Constitucional en la sentencia C-224 de 1994, al definir la exequibilidad del artículo 8° de la ley 153 de 1887, analizó la relación existente entre el derecho y la moral, explicado el fundamento y origen de la **moral social** o general, la cual le da validez al acto jurídico; al respecto textualmente dijo:

No es posible negar la relación entre la moral y el Derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. **Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.** (N. F. de T.)

Posteriormente, la misma Corte Constitucional en la sentencia T-620 de 1995,

¹⁷¹ PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. OP. Cit., p.p. 77-78.

¹⁷² “[...] el Constituyente de 1991 buscó preservar y defender, no solo a través del precepto constitucional citado, sino de otros varios que se encuentran igualmente consagrados en la Constitución Política. Así el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, pero *“con arreglo a las leyes civiles”*, es decir, con justo título; el artículo 109, que establece que *“los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos”* (Subrayas de la Corte); el artículo 122, que dispone que los servidores públicos *“antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”*, y que *“sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”*; el artículo 183, que prevé entre las causales de pérdida de la investidura de los congresistas la de *“indebida destinación de dineros públicos”*; el artículo 209, que señala entre los principios que deben inspirar la función administrativa el de la moralidad; el artículo 268, que señala entre las atribuciones del contralor general de la República la de *“promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.”*; el artículo 278, que señala entre las funciones del procurador general de la Nación la de desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra, entre otras faltas, en la de *“derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones.”* Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1996.

definió la moral social integrada en las prescripciones jurídicas, como un valor prevalente o de orden público, por ser de interés general para toda la comunidad. Al respecto expresó:

La moral social es un valor que involucra a toda la comunidad y cuya prevalencia es, por tanto, de interés general. Consiste en el mantenimiento de una conducta, no ya solamente individual, inmanente, sino colectiva, que se ajuste a ciertos principios éticos y a lo que esa sociedad considera deben ser reglas de conducta que conduzcan a una convivencia armónica, al mutuo respeto entre los asociados y, en última instancia, al logro de la paz tanto a nivel interno como a nivel colectivo.

Como el orden público es un Derecho de todos los asociados –que implica los correlativos deberes–, y la moral social es parte integrante de él, todos los asociados tienen el Derecho a ser beneficiarios de condiciones de moralidad, en el entorno que rodea sus vidas.

Luego la Corte en la sentencia C-404 de 1998, al hablar de la moralidad pública como fuente para la limitación de la libertad individual, expresó lo siguiente:

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesaria mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de Derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad.

La Corte en esta sentencia reconoce la existencia de una moral positiva, acorde con ciertas condiciones sociales, en la que opera el orden jurídico, indicando que “Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas - legales o constitucionales - es incurrir en la falacia teórica que originó una de las

más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social”¹⁷³.

Por esto, reconoce la Corte, hoy se exige del juez constitucional que no excluya en sus decisiones lo cultural, social, económico o moral imperante en la comunidad, reconociendo los principios de la moral pública vigentes en la sociedad, lo que enriquece la reflexión judicial; para ello el juez constitucional “[d]ebe tener en cuenta razones morales que explican o justifican existencia de norma legal [...] lo que puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial”¹⁷⁴.

La Corte Constitucional en sentencia C-350 de 2009, declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, que prohíbe a todo servidor público ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres, por considerar que la norma no se ajustaba a los preceptos constitucionales, por cuanto dicha norma contenía conceptos de amplia indeterminación, como los de “moral” y “buenas costumbres”, que implican un alto grado de ambigüedad, vaguedad, los cuales quebrantan el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “[...] y por tanto, no se puede fundar en ellos una prohibición cuya infracción sea sancionable disciplinariamente”.

Para la Corte, según analiza en la anterior sentencia, los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” son relativos porque dependen del lugar y tiempo específico, son diferentes de una comunidad a otra, por ello “[...] ofrece un amplio margen de apreciación de las faltas, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos, y al no existir precisión en la tipificación de las conductas sancionables como falta disciplinaria, queda a la libre interpretación del juzgador

¹⁷³ Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 1998.

decidir si un comportamiento es o no contrario a dichos conceptos...”, vulnerando de paso el principio de legalidad. Agregó la Corte que:

[...] resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos [...] De esta forma, aunque se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública y por ende resulten sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se pueda utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio...

Los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla se apartaron de la decisión salvando su voto, al considerar que los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” son tipos abiertos propios del derecho disciplinario, advirtiendo que hacen parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto no son contrarios a la Constitución.

Así, se encuentra que el artículo 34 de la Constitución incorpora el concepto de “moral social”; el artículo 44 se refiere a la “violencia moral”, como también el artículo 67 superior se refiere a la “mejor formación moral”. Igualmente, el artículo 88 prevé entre los derechos colectivos a proteger mediante las acciones populares, la “moralidad administrativa” y el artículo 182 alude a conflictos de intereses de los congresistas por “situaciones de carácter moral”. En su criterio, cuando la ley se refiere a la moral y a las buenas costumbres que debe observar el servidor público en el desempeño de sus funciones, no indica conceptos ambiguos y carentes de un contenido preciso, como quiera que corresponden a los conceptos de probidad, imparcialidad, decoro y dignidad de los servidores públicos, sin ninguna connotación confesional o subjetiva, sino propio de la moral media o social que contiene la Constitución, en preceptos como el artículo 209, que consagra los principios de la función pública que

¹⁷⁴ Ibid.

integran un catálogo de buenas costumbres de la administración y de una moral del servidor público. Por consiguiente, expresaron su **salvamento de voto**, habida cuenta que por lo anterior el numeral 9) del artículo 35 resultaba ajustado a las normas constitucionales.

A su vez, la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia también ha desarrollado una importante doctrina sobre la moral en el derecho positivo. De esta manera, la Sala de Casación Civil en sentencia del 13 de junio de 1985, al explicar la inteligencia del artículo 176 del Código civil, expresó que:

El deber de socorro no se limita al apoyo económico. "[...] el deber de socorro para el cónyuge y la prole no se traduce exclusivamente en dinero o alimentación sino también en apoyo moral y afectivo para el normal desenvolvimiento de la vida familiar, llamada a propiciar un clima apto para el florecimiento de valores espirituales y morales entre quienes la integran.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ya en sentencia del 3 de junio de 1954, había expresado que "[l]as normas consagradas en el capítulo 4º del título XII del libro II del Código Civil que regulan las prestaciones mutuas [...] tienen su fundamento en razones de equidad que a su vez sirven de fundamento a las doctrinas del enriquecimiento indebido y de la culpa aquilina que han humanizado el Derecho privado impregnándolo **de sentido moral y social...**". (N. F. de T.)

La Corte Suprema de Justicia en la misma sala de decisión, en sentencia del 13 de abril de 1973, explicó como la moral se conecta con el orden público, al señalar que "[e]l incumplimiento de las obligaciones asistenciales familiares alimentaria y **moral** ocasiona no solo responsabilidad patrimonial o civil sino que **altera el orden público** en todos y cada uno de sus elementos con mayor o menor intensidad". (N. F. de T.).

El Consejo de Estado también ha explicado la importancia del principio de

moralidad, aplicado al contexto de la Administración Pública y la moralidad administrativa, como un principio orientador del actuar de todos los servidores públicos, en desarrollo de los valores sociales del bien común¹⁷⁵ e interés público:

[...] se tiene que la **moralidad** administrativa no solo es un Derecho colectivo, sino también un principio orientador de la función pública en el ejercicio del poder, según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general.¹⁷⁶ (N. F. de T.)

1.6. La positivización de los conceptos morales

La moral social, objetivizada o positivizada, es una garantía de la transparencia de los actos, de la lealtad, fidelidad, que debe servir de base o ambiente a la celebración y perfeccionamiento de los compromisos, contratos y actos humanos, y crea estándares generales de usos sociales y buenas costumbres¹⁷⁷.

La positivización de los conceptos morales¹⁷⁸ ha tenido amplio desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo en primer lugar de los consagrados en

¹⁷⁵ “El bien común consistirá, pues, como en toda materia viva, en la búsqueda de un equilibrio: desarrollar todos los elementos de una vida social activa y fecunda, pero no exigir a los individuos más de lo que moralmente pueden aceptar dar sin tener la sensación de ser sacrificados al bien de los demás (Cfr. Graneris);...”. BATIFFOL, Filosofía del Derecho... Op. Cit. p. 106.

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de abril 7 de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicado 13001-23-31-000-2002-90074-01.

¹⁷⁷ “Doctrinariamente se entiende por *buenas costumbres* el rasero moral con el que una comunidad dada, en determinado momento histórico, encuentra adecuado un cierto comportamiento a su conciencia ética (...) Las buenas costumbres han sido consideradas en nuestra legislación como elementos constitutivos del principio de legalidad. En el código civil encontramos como causales de nulidad absoluta, el objeto “moralmente imposible” (artículo 1.518 Inc. final), la causa contraria a las buenas costumbres (artículo 1.524), y en general, los pactos que atenten contra ellas (artículo 16)”. ÁLVAREZ y RESTREPO, Los principios..., Op. Cit. p. 169.

¹⁷⁸ En la presente investigación se hará referencia a los principales institutos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, que tienen un marcado contenido moral, y el desarrollo jurisprudencial que al respecto han tenido, sin ser este nuestro objeto central de estudio. Las conclusiones que se infieran nos servirán para fundamentar la vigencia e importancia de los conceptos morales positivizados en el Derecho procesal y su funcionalidad y operatividad como límite al juez en el ejercicio del poder oficioso probatorio.

nuestra Constitución Política; los desarrollados por el Derecho privado; los conceptos básicos fundamentales que ha elaborado la jurisprudencia; el amplio espectro de aplicación en el campo del Derecho de familia; en el Derecho administrativo, en especial en el apéndice de la contratación estatal, la función y el servicio público; en la legislación laboral de los servidores públicos, de los trabajadores del sector privado; en los códigos de ética que gobiernan el ejercicio de varias profesiones liberales, etc., y en especial en nuestro campo de estudio el Derecho procesal.

Dicha positivización se consagra explícita e implícitamente¹⁷⁹ en nuestra Constitución Política desde el preámbulo¹⁸⁰, integrado los conceptos morales al ordenamiento jurídico, estableciéndolos como valores que fundan el modelo jurídico-político que rige nuestros destinos, como ocurre con el sumo valor justicia formulado de la siguiente manera en el preámbulo: “[...] asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la **justicia**, la igualdad, el

¹⁷⁹ Implícitamente ingresan al ordenamiento jurídico los principios morales consagrados en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, los cuales integran el llamado Bloque de Constitucionalidad; además, el artículo 94 de la Constitución Política expresamente remite a los derechos y garantías inherentes a la persona humana, no enunciados en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, los cuales se desnaturalizan por el hecho de no tener consagración expresa, por otra parte, la Constitución Política positiviza de manera expresa la moral en los artículos 34, 44, 67, 69, 88, 182, 209 y 209.

¹⁸⁰ “[...] El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. [...] El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. [...] Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. [...] Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.” Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo **que garantice un orden político, económico y social justo**".¹⁸¹

Con un marcado y determinante acento para el Derecho, se observa la positivización de los conceptos morales en el derecho internacional, en la regulación de los derechos humanos consagrados como normas superiores del ordenamiento normativo por muchas constituciones¹⁸² del mundo y por los tratados internacionales sobre derechos humanos.

¹⁸¹ El artículo 2° de la C. P. prescribe como un fin esencial del Estado el asegurar la vigencia de un orden justo.

¹⁸² Un ejemplo de la constitucionalización de los derechos humanos, con altos contenidos morales, se da en nuestra Constitución Política cuando en el artículo quinto (5°), establece la obligación para el Estado colombiano de respetar y hacer respetar los *Derechos inalienables de la persona*, los cuales no pueden ser limitados en los estados de excepción, también se reconoce la prevalencia de los derechos humanos explícitamente positivos, como los implícitamente positivos, en el artículos 93 y 94 y su valor hermenéutico para interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta Política, a su vez la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana de marzo de 1948 en Bogotá, en sus considerandos dice: "Los pueblos americanos han dignificado la persona humana, reconociendo sus constituciones que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los Derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad". El Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 12, numeral 3, señala que "La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la **moral** públicos o los derechos o libertades de los demás." El artículo 13, libertad de Pensamiento y de expresión, dispone: "[...] 2. El ejercicio del Derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: [...] b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la **moral públicas**". El artículo 15, derecho de reunión, reza: "Se reconoce el Derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal Derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la **moral públicas** o los derechos o libertades de los demás". El artículo 16, libertad de asociación, se consagra en los siguientes términos: "[...] 2. El ejercicio de tal Derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 29 prescribe: "[...] 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de **satisfacer las justas exigencias de la moral**, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". (N. F. de T.).

Una clara consagración de principios morales en los tratados internacionales nos la da la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, la cual destacó en el preámbulo la conexión existente entre derecho y moral, entre forma y contenido, al señalar que:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. [...] El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. [...] **Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.** [...] Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. [...] Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. [...] **Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre** (N. F. de T.).

Lo preceptos morales tienen amplio desarrollo en el derecho privado en el campo del derecho de familia. En el derecho público, en especial en las temáticas de la contratación estatal, la función y el servicio público, la legislación laboral¹⁸³ los

¹⁸³ En esta rama del derecho le corresponde al juez calificar y valorar los actos inmorales alegados por el empleador o por el trabajador, como causales de terminación del contrato laboral por justa causa (arts. 62 y 63 del Código laboral y sustantivo del trabajo), también en tratándose de la imposición de una indemnización moratoria a favor de un trabajador, por el no pago de los salarios y prestaciones sociales luego de la terminación del contrato laboral, conforme lo ordena el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, se fundamenta en la presunción de mala fe del empleador, por tratarse de deuda de salarios, lo cual es una excepción al principio general de que la buena fe, la cual se presume, y para desvirtuar esta presunción el patrono debe allegar al proceso las razones y motivos de las cuales se deduzca que obró de buena fe (...)” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de noviembre de 2009, Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza, Acta No. 43, Rad. No. 33514.

códigos de ética que gobiernan el ejercicio de varias profesiones liberales;¹⁸⁴ en materia de legislación de la infancia y la adolescencia.¹⁸⁵

La ley 472 de 1998, al desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares, estableció en el artículo 4o. como un derecho e interés colectivo la moralidad administrativa.

La ley 256 de 1996, regula el concepto de la buena fe comercial de la siguiente manera: “Artículo 7º. Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”.

Un importante antecedente de la positivización de los conceptos morales en nuestra legislación, y la consagración de la moralidad como norma de orden público, lo encontramos en la ley 153 de 1887, mediante la cual se adicionaron y reformaron los “Códigos Nacionales” (ley 61 de 1886 y 57 de 1887), y que en su

¹⁸⁴ Al respecto existen los códigos deontológicos del abogado, de la ingeniería (ley 842 de 2003), de la medicina (ley 23 de 1981), de la odontología (ley 35 de 1989), de la contaduría (ley 43 de 1990), de la medicina veterinaria y zootecnia (ley 576 de 2000). El nuevo Código de ética del abogado (ley 1123 del 22 de enero de 2007) reviste gran interés para nuestro trabajo, el cual tuvo como exposición de motivos en el proyecto de ley número 91 de 2005 Senado, la creación de un “[...] régimen de deberes y faltas que ubican al abogado dentro del rol que actualmente desempeña al interior de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo en cuenta sus deberes y obligaciones no solo con el cliente, sino frente al Estado y la sociedad, sancionando con mayor drasticidad aquellos comportamientos que comprometan o afecten intereses de la comunidad o el erario.” La Contraloría General de la República, mediante la resolución 0073 del 25 de agosto de 2008, estableció el Código de Ética de la entidad; en él se enunciaron los principios, valores y directrices éticas fundamentales, los cuales buscan que con su acatamiento y respeto contribuyan a que la entidad sea ejemplo de moralidad y eficiencia. En igual sentido lo han venido haciendo otras entidades del Estado, como la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante la resolución 6243 de 2008. Gran importancia ha tomado en las instituciones públicas o privadas el tema de la autoregulación ética empresarial, conocido también con el nombre de responsabilidad social empresarial, que parten de una responsabilidad ética en sus relaciones con los grupos de interés, donde lo que prime no sea la ganancia o el ánimo de lucro por encima de cualquier consideración moral, que atente contra los derechos de los consumidores.

¹⁸⁵ La ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, remite en varios de sus artículos a la moral como valor determinante para la protección de los intereses de los niños, las niñas y los adolescentes y, por lo tanto, objeto de protección especial por parte del derecho. Algunos ejemplos son: arts. 34, 41 numeral 20, 43, 44 numeral 4º, 47 numeral 6º, 68, 89 numeral 5º, 124 numeral 5º y 184.

artículo 18 consagró que “[l]as leyes que por motivos de **moralidad**, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, **tienen efecto general inmediato**” (N. F. de T.).

El Código civil colombiano es profuso en la positivización de preceptos morales. Veamos algunos ejemplos: el artículo 6º establece que “la sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; **es el bien o el mal**¹⁸⁶ que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”; el artículo 16 integra el concepto moral de buenas costumbres dentro de la noción de orden público,¹⁸⁷ al prescribir que “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”; por su parte, el artículo 1537 de la misma codificación se refiere a “[...] las condiciones inductivas a hechos ilegales o **inmorales**”, para tenerlas por fallidas; de igual manera, el artículo 1524 dispone que no puede haber obligación que no tenga una causa real y lícita, definiendo la **causa ilícita** como la prohibida por la ley o contraria a las **buenas costumbres** o al orden público,¹⁸⁸ y el artículo 1508 establece como requisito para obligarse y

¹⁸⁶ “La bondad y la maldad, que constituyen los polos de la actividad moral, no son otra cosa que la connotación de valor positivo o negativo atribuida a determinada conducta desde determinado canon de perfección”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Ética...*, Op. Cit., p. 135.

¹⁸⁷ “Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de los individuos. No es cosa siempre fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad. De esta manera aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de Derecho privado que rigen, por ejemplo, el estado y capacidad de las personas, base de la organización social; las que gobiernan la propiedad, especialmente la agraria, porque conforman económicamente el Estado; las que adoptan medidas en resguardo y amparo de los Derechos de terceros, en virtud de que todo Derecho que no es el personal de las partes debe confundirse para ellas con el interés general que no pueden menoscabar, y las leyes inmediatamente vinculadas a las buenas costumbres, cuyo concepto se engloba dentro del orden público ...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 27 de 1940).

¹⁸⁸ Frente al tema, sostiene De La Morandiere que “[s]in duda la cuestión de las buenas costumbres conduce a las relaciones de la moral y del Derecho; los dos dominios no son

para que un contrato sea válido que el consentimiento esté libre de engaños (vicios como error, fuerza y dolo).

La ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 3°, integró a nuestro ordenamiento legal los principios de moralidad y buena fe, definiéndolos de la siguiente manera: “2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. (...) 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

1.7. El principio de buena fe: un principio de contenido moral, rector del ordenamiento jurídico

exactamente los mismos, pero ciertos aspectos se aproximan. El dominio de la moral es más amplio; el del Derecho es un dominio puramente social. [...] Dicho esto, hay ciertas reglas de moral que se integran en el sistema jurídico y a esto justamente es a lo que corresponde la noción de buenas costumbres. El Derecho es forjado para Estados de una cierta civilización, y en esta civilización se ha estado desarrollando cierta moral que tiene por objeto regir las costumbres y llevar a los hombres a su estado de perfección. El Derecho deja a un lado parte de esta moral, pero de ella toma ciertas reglas para integrarlas en su dominio; es este conjunto el que constituye “las buenas costumbres”. [...] El orden público comprende en realidad dos compartimentos. De una parte ciertas reglas tomadas a la moral y que por voluntad del legislador han llegado a ser reglas jurídicas; son las buenas costumbres en el sentido jurídico; de otra parte otras reglas que son indiferentes a la moral. Y el conjunto constituye el orden público, pues las buenas costumbres son solo una de las partes de esta noción, pero todas las partes son tratadas jurídicamente de la misma manera.” DE LA MORANDIERE. Julliot. La Noción de Orden Público en derecho Privado, Bogotá: Editores Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz, 1956. pp. 308-309.

Para el profesor Henry Sanabria Santos, el principio de buena fe es un deber genérico que aplica en toda relación jurídica es “[a]ctuar de manera sincera, correcta, honrada y justa, acorde con las exigencias sociales y procurando siempre el respeto de los derechos de los demás”¹⁸⁹.

La Constitución Política formula el principio de la buena fe como presunción de verdad rebatible solo mediante prueba en contrario, en este sentido, es un postulado ético establecido por el Constituyente colombiano como modelo a seguir en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, es un principio de confianza que llena de credibilidad todas las actuaciones que los particulares realicen ante los diferentes órganos públicos, al disponer que se crea en su palabra, “lo cual se inscribe en la dignidad humana”.

En las relaciones jurídicas el principio de la buena fe es conducta obligada para darle seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos¹⁹⁰, es una limitante al ejercicio de los derechos subjetivos, así, protege los derechos de las personas que actúan de buena fe, en especial, a los terceros de buena fe,¹⁹¹ principio que tuvo

¹⁸⁹ SANABRIA SANTOS, Henry. La buena fe y la lealtad en el derecho procesal civil colombiano. Responsabilidad civil por los actos procesales temerarios y de mala fe. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 355.

¹⁹⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a manifestado que el principio de buena fe es el tercer requisito para poder hacer valer la de contrato no cumplido, “Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 1973.

¹⁹¹ Es relevante ver como el instituto de la fiducia tiene la peculiaridad de fundarse en el principio de buena fe-confianza (buena fe pasiva). La raíz de la palabra fiducia; *fides*, significa fe, da origen a las acciones fiar, confiar, fiel, fidelidad, confidente, confidencialidad, etc., en este tipo de contrato el sujeto activo deposita en el otro su credibilidad y confianza en la transparencia, honestidad y fidelidad en lo pactado, figura que tiene antecedentes históricos desde el derecho romano como lo explica el profesor Juan Bautista Parada Caicedo, al decir que “BONAFANTE, en su artículo sobre la “La morale política dei romani”, citado por AMELIA CASTRESANA, afirma: “el pueblo romano fue el pueblo del derecho y de la *fides*, y si Roma pudo ser tan fecunda en su creación jurídica, fue precisamente por su vivencia de la *fides* (...) En su origen, la *fides* se refiere a las relaciones entre Dios y el hombre, y se da ese nombre cuando se ha llevado a cabo totalmente lo que se dicho o prometido y se hace aquello que se acordó entre uno y el otro”. PARADA CAICEDO, Juan Bautista.

consagración el derecho romano.¹⁹²

El principio de la buena fe (*bona fides*)¹⁹³ tiene consagración constitucional,¹⁹⁴

La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y el comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003., p. 418.

¹⁹² Señala Angélica S. Caicedo, que “[d]esde el derecho romano la buena fe se erigió como regla de derecho privado, cuyo ordenamiento se construyó sobre la base de los conceptos de fides y de bona fides, regla que fue dando lugar a la exigencia en las actuaciones de los ciudadanos y posteriormente se generó su coercibilidad mediante la utilización de instrumentos jurídicos más eficaces, se fue pasando de una conducta esperada en una persona, a un comportamiento que ella “debía” observar; se pasó del “ser” al “deber ser”. La buena fe llegó luego a constituir el soporte esencial de un importante número de contratos conocido en términos generales como negotia ex fide bona contracta, cuya fuerza la daba la palabra depositada, se fue aplicando de manera particular y en especial al contrato de compraventa, en virtud del cual por la sola celebración del contrato el comprador se entendía y se reputaba poseedor de buena fe. CAICEDO MEDRANO, Angélica Sofía. El principio de confianza legítima en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. Medellín, 2008. pp. 15-16. Trabajo elaborado para optar al título de especialista en derecho administrativo en Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

¹⁹³ “[...] La expresión “buena fe” (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el Derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el Derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el Derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obran con nosotros decorosamente. ¿Cómo se determina la lealtad o buena fe? Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez –tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios–, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres. Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres. Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad. Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre”. Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 23 de 1958.

¹⁹⁴ El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia prescribe el principio de la buena fe de la siguiente manera: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán

supranacional,¹⁹⁵ y aún se encuentra estructurado como norma presunta,¹⁹⁶ el cual ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial.¹⁹⁷

Para Virgilio de Sa Pereira “la buena fe aparece como un principio inexcusable

ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Encontramos otra consagración del principio de buena fe en el numeral 1° del artículo 95, *Ibídem*, al establecer como un deber de la persona y del ciudadano: “[...] 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;...”.

¹⁹⁵ El principio de buena fe tiene consagración supranacional en el artículo 2°, numeral 2, de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 26 de la Convención de Viena. En concordancia con lo establecido por el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a **las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos** en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado (N. F. de T.).

¹⁹⁶ El Código de comercio y el Código civil prescriben la protección de los derechos de las personas que actúan de buena fe, aun como presunción. "Si la buena fe consiste en la conciencia, no hay duda de que es factor subjetivo, estrictamente moral, del fuero interno, que concierne al sujeto exclusivamente, porque, en primer lugar, la ley carece de instrumentos experimentales para precisar de manera directa esa situación psicológica positiva del poseedor, y en segundo lugar, una norma de organización ética universal, punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden en la vida de los hombres en sociedad. [...] Lo cual expresa, por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas; por otra, que el desvirtuarla no compete a la ley sino al hombre, y en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruirse esa base social de trascendente finalidad. [...] La mala fe debe resultar, por tanto, de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel comprobativo de tal estado, o del juez, en las más, al reconocer con base en hechos inequívocos que a su juicio son contrarios a la buena fe propuesta por la ley. Esta califica de mala fe, muy pocos, justamente por tratarse de un elemento moral v. gr. el haber sabido y ocultado la muerte del desaparecido o su existencia (C.C. Art. 109), la detentación u ocultamiento de un acto testamentario (C.C. Art. 1025,5); el haber comenzado la posesión cuando se tenía la cosa a título de mera tenencia (C.C. Art. 2531) y ha erigido el error de Derecho en presunción de mala fe que no puede desvirtuarse (768), como reflejo del principio de que todo el mundo conoce la ley, principio cuya incidencia jurídica perfila cada día mejor su alcance verdadero. Y por esto nuevas legislaciones y doctrinas y jurisprudencias copiosas vienen reconociendo, según las circunstancias del caso, poderes en el juez para juzgar del referido factor moral en la aplicación de dicho principio. Nuestra jurisprudencia no ha sido ajena a esta corriente". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de diciembre de 1962. "según el art. 769 del C. C., la buena fe se presume, excepto en los casos que la misma ley señala lo contrario. Tenemos, entonces, que la norma general es la presunción legal de buena fe. en varios artículos del Código se excepciona la norma y la presunción se invierte, pues se presume la mala fe". OCHOA CARBAJAL, Raúl Humberto. Bienes. Estudio sobre los bienes, la propiedad y los otros derechos reales. 5° Ed. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2003. p. 161.

¹⁹⁷ La Corte Constitucional ha proferido las siguientes sentencias sobre el principio de la buena fe: T-460 de 1992, T-487 de 1992, T-534 de 1992, C-561 de 1992, C-575 de 1992, T-568 de 1992, T-602 de 1992, T-011 de 1993, T-547 de 1993 y T-578 de 1994. Verificar que estén citadas en la bibliografía.

para la comprensión total del derecho y la valoración de sus contenidos.¹⁹⁸ Para Ordoñez Noriega, el principio de buenas fe tiene una doble función: “1. Creadora: cuando hace surgir el derecho del hecho. 2 Adaptadora: cuando se moldea el derecho a los hechos”.¹⁹⁹ Para los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva la buena fe tiene dos connotaciones:

1) En un sentido, significa probidad, lealtad, ausencia de intención malévola. El Código Civil emplea esta significación cuando dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe (art. 1546) 2). En otro sentido, la palabra traduce la idea de creencia, persuasión, convicción sobre la legitimidad de una situación o hecho jurídico. El Código Civil considera este aspecto al decir que se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (art. 702).²⁰⁰

El principio de buena fe es un criterio interpretativo de las normas y de los hechos jurídicos, constituye un presupuesto del normal tráfico jurídico,²⁰¹ permite desentrañar en los conflictos, controversias y litigios los actos deshonestos e insidiosos, la información engañosa,²⁰² la temeridad procesal,²⁰³ en general el

¹⁹⁸ Citado por ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 210.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ OCHOA CARBAJAL, Bienes..., Op. Cit., p. 157.

²⁰¹ “La buena fe tiene un componente de ética jurídica y otro de seguridad en el tráfico. En el primer aspecto, el derecho confía en la conciencia ética de sus subordinados, establece la presunción de inocencia (artículo 29 Inc., 4 de la C.P.: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”). En el segundo, da certeza o firmeza a las situaciones jurídicas emanadas de la convicción de estar actuando de modo correcto, y de confiar en la certeza del otro; la ley protege a quien se comporta de buena fe, incluso cuando su confianza se ha fundado en una apariencia jurídica”. ÁLVAREZ y RESTREPO, Los principios..., Op. Cit. p. 158.

²⁰² En contra de la publicidad o información engañosa la **Constitución Política de Colombia** 1991, (Artículos 20 y 78), garantiza el Derecho a recibir **información veraz e imparcial**, el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como el control a la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

²⁰³ “Según el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la actuación temeraria se produce cuando una misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, sin motivo expresamente justificado. Sin embargo, esta Corporación ha estimado que el evento de temeridad antes señalado debe ser complementado con las disposiciones de los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se consagran causales adicionales de temeridad o mala fe tales como la carencia de fundamento legal para demandar, la alegación a sabiendas de hechos contrarios a la realidad, la utilización del proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, la obstrucción a la práctica de

obrar de mala fe.

En este orden de ideas, para la Corte Constitucional el obrar con temeridad o mala fe quien demanda o ejerce el derecho de contradicción sin tener razones para hacerlo; quien dilata el trámite de los procesos, quien asume una actitud torticera, quien deslealmente busca satisfacer el interés individual, quien abuso del derecho de acción, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia".²⁰⁴

Así mismo, el principio de la buena fe es un valor moral, pertenece a la esfera de la conciencia y de la íntima convicción del bien actuar,²⁰⁵ mediante el cual y el recto comportamiento, se preservan las buenas costumbres imperantes una sociedad. Es un sentimiento objetivable²⁰⁶ por pertenecer a un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres imperantes en una sociedad,²⁰⁷ que son a la vez, en palabras de Ochoa Carbajal:

pruebas y el entorpecimiento reiterado del desarrollo normal del proceso por cualquier otro motivo". Corte Constitucional en sentencia T-655 del 11 de noviembre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ "La buena fe es la creencia, convicción, seguridad, certeza íntima, criterio moral, juicio de valor individual respecto a la rectitud de las partes en la celebración de los contratos alejados de maniobras fraudulentas de engaño, reserva mental, astucia y conductas lesivas de las buenas costumbres que imperan en el grupo social." ACOSTA GÓMEZ, *Filosofía...*, Op. Cit., p. 208. "[...] La buena fe es una actitud interior, que, en materia de posesión tiene que partir de la base de un título, o, al menos de la creencia o convencimiento serio de que existe ese título." OCHOA CARBAJAL, *Bienes...*, Op. Cit., p. 157.

²⁰⁶ Explican Álvarez y Restrepo que "No se trata de una conciencia eminentemente subjetiva o individual, que no resista su corroboración o verificación frente al orden jurídico; pues, excepto en el "error de tipo" de materia penal, es inadmisibles que el derecho proteja a quien ostente un comportamiento lesivo del ordenamiento, aduciendo buena fe (cfr. Artículo 9 del Código Civil)". ÁLVAREZ y RESTREPO, *Los principios...*, Op. Cit., p. 158.

²⁰⁷ "Pero ¿cómo determinar la buena fe? No es un hecho fácil, toda vez que ella no se percibe en el mundo fenoménico o de la naturaleza como un hecho más y absolutamente objetivo, ya que pertenece al mundo de los valores y por ende se expresa como una cualidad terciaria. La buena fe está en el sujeto como una manifestación de voluntad y no en el acto o declaración de voluntad. Es necesario objetivar tal principio mediante inferencias de razón que conduzcan inequívocamente a expresar juicios de valor o disvalor frente a las conductas de las partes intervinientes en la celebración del negocio jurídico afirmando que se obró honestamente, con determinado "estándar" de usos sociales y buenas costumbres". ACOSTA GÓMEZ, *Filosofía...*, Op. Cit., p. 209.

[...] las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso la buena fe, su alcance y la ausencia de ella,²⁰⁸ por esto obra de mala fe quien buscando sacar provecho, ventajas o beneficios, mediante maniobras engañosas, contraría precisamente usos sociales y las buenas costumbres, pero la prueba de tan reprochables conductas es tarea del juez, a partir de las pruebas aportadas al proceso, y valoradas conforme con el método de la sana crítica (pautas de la lógica, la experiencia y la psicología).²⁰⁹

En el derecho, tanto en el público²¹⁰ como en el privado,²¹¹ el principio de buena fe permea e inspira la totalidad del ordenamiento jurídico por constituir una norma para la interpretación y ejecución de los actos, convenios y negocios jurídicos, en la etapa contractual y extracontractual,²¹² además de un límite natural para el

²⁰⁸ Arturo Valencia Zea, Derecho Civil Parte General y Personas, Ed. Temis Décimo Tercera Edición, Santa fe de Bogotá 1994, p. 170.

²⁰⁹ Continua explicando: “La buena fe tiene relación con la moral. Son situaciones que no se pueden medir. No se pueden cuantificar. Son fenómenos inabordables físicamente. Por esa razón, la buena fe, como los perjuicios morales, no pueden ser objeto de dictamen pericial. Es el juez quien movido por su sano criterio, valoradas todas las circunstancias fácticas que rodean la situación concreta, sopesados todos los medios probatorios, entre ellos las presunciones, acepta o rechaza la buena fe del poseedor.” OCHOA CARBAJAL, Bienes..., Op. Cit., p. 158.

²¹⁰ El principio de buena fe está consagrado en la ley 80 de 1993, de contratación estatal, la ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, el decreto ley 2150 de 1995, el decreto 1250 de 1970 o Estatuto de la función Notarial, entre otras normas.

²¹¹ En el derecho privado existen varias disposiciones que regulan la buena fe. En el Código de comercio encontramos los artículos 105, 109, 151, 193, 307, 502, 529, 622, 773, 783, 820, 834, 835, 841, 842, 843, 863, 871, 898, 918, 919, 960, 1092, 1101, 1137, 1320, 1346, 1415, 1495, 1565, 1569, 1573; por su parte, el principio del *Bona fides* se encuentra regulado en los artículos 109, 150, 417, 715, 764, 768, 769, 963, 964, 966, 967, 1033, 1634, 1685, 1746, 1870, 1910, 1971, 1974, 1983, 2084, 2096, 2115, 2148, 2199, 2227, 2319, 2320, 2321, 2365, 2431, 2531 del Código civil. El artículo 55 del Código sustantivo del trabajo, prescribe que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe.

²¹² La buena fe es un presupuesto obligado (art. 871 del C de Co.) en las relaciones contractuales (celebración, ejecución y liquidación, en las de tracto sucesivo) y extracontractuales, como las etapas precontractuales y poscontractuales, es condición para el ejercicio válido del principio de la autonomía de la libertad privada. En la etapa precontractual la buena fe es un comportamiento exigible so pena de indemnizar por la mala fe los perjuicios que se ocasionen, si al momento de celebrar el contrato se actúa de mala fe (*dolo in contrahendo*), así lo prescribe el artículo 863 del Código de Comercio al establecer que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. La buena fe es determinante para la celebración del negocio, el contratante perjudicado podrá pedir la rescisión del contrato (art. 1515 Inc. 1 del C.C.), en caso contrario solo podrá pedir la indemnización de los perjuicios art. 1515 Inc. 2 del C.C.), en la ejecución de los contratos la buena fe es igualmente un presupuesto exigible para el cumplimiento de las obligaciones expresamente pactadas, así como aquellas que, salvo pacto en contrario, por la naturaleza del contrato se entienden incorporadas al negocio jurídico, tales como las obligaciones de saneamiento por vicios rehdibitorios y de evicción, (artículo 13 de la ley 153 de 1887 y 1622 inc. 2 y 3 del C.C.), en caso contrario la ley civil faculta al

ejercicio de los derechos, en especial la autonomía privada y las competencias públicas, base fundamental para la estructuración normativa de las presunciones legales²¹³. Es fundamento axiológico de la conducta humana intersubjetiva, que impone el deber de actuar en sociedad conforme con los postulados de la rectitud, el decoro, la probidad, la sinceridad, la lealtad, al ejercer derechos o contraer obligaciones.

1.8. El desdoblamiento del principio de buena fe, por activa y por pasiva

Para el profesor Arturo Valencia Zea²¹⁴ el principio de la buena fe se desdobra en la buena fe activa y buena fe pasiva; aquella exige una conducta leal o sincera con los demás, ésta otorga confianza en el comportamiento recíproco de lealtad y fidelidad.

Un ejemplo de la aplicación del principio de buena fe, como conducta obligada en los extremos pasivo-activo de una relación jurídica, se da cuando el vendedor a sabiendas que el bien que tradita adolece de vicios guarda silencio, sin advertir al desprevenido comprador que los defectos ocultos lo hacen inservible o afectan su normal o correcto funcionamiento, en este caso, el incumplimiento del deber de

perjudicado a ejercer la acción revocatoria tácita establecida en el artículo 1546 del C.C.; en la esfera extracontractual el artículo 2431 del C.C permite a quien cause daño a otro, derivado de la ejecución contractual, la indemnización de los perjuicios.

²¹³ Sólo en la ley 794 de 2003 encontramos las siguientes presunciones procesales y sustanciales: la presunción del documento público, la presunción de autenticidad de los libros de comercio, presunción de autenticidad de todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo, presunción de autenticidad del documento privado luego de ser aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tacha de falso oportunamente, y si fue reconocido implícitamente, presunción de autenticidad de los memoriales presentados por las partes del proceso, salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio, presunción de autenticidad de los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.

²¹⁴ El profesor Arturo Valencia Zea define el concepto (entiéndase principio) de buena fe como “[...] la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de aquel obrar de las personas que actúan en los negocios “con espíritu de justicia

actuar de buena fe por faltar la lealtad, la fidelidad y la sinceridad (ausencia de buena fe activa) que rigen los negocios jurídicos, le permite al comprador ejercer la llamada “acción” redhibitoria para rescindir la venta u obligar al vendedor a rebajar, proporcionalmente, el precio por los vicios ocultos (artículo 1914 del Código civil).

El deber de actuar de buena fe pasiva, que como se dijo antes es la confianza en el obrar correcto de los demás, se ejemplariza en el mismo artículo 768 del Código civil en materia de la posesión, al definir la buena fe como “la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de otros vicios”. Y es precisamente en materia de la posesión regular donde se vislumbra el deber de actuar de buena fe, al exigir además de la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor y dueño.

El Código civil colombiano define la buena fe simple en el artículo 768, como “la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de otros vicios”. Por su parte, el artículo 863 del Código de comercio establece: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Estos dos artículos del derecho privado señalan dos grados de buena fe, la buena fe simple y la buena fe cualificada o exenta de culpa, ambas tienen en el ordenamiento dos ámbitos diferentes de protección, la primera es meramente indemnizatoria, la segunda tiene una función creadora del derecho, en palabras de Álvarez y Restrepo, “[...] otorga la titularidad del derecho adquirido conforme a la apariencia”.²¹⁵

La buena fe exenta de culpa o cualificada exige la realización de una conducta superior a lo exigido para la buena fe simple, tiene como referente al hombre

y equidad” o del proceder razonable del “comerciante, honesto y cumplidor”. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil parte general y personas. 13ª Ed. Bogotá: Ed. Temis, 1994. p. 170.

diligente en los negocios,²¹⁶ por esto se le exige a quien actúa de buena fe exenta de culpa que no solamente basta que hubiese obrado con lealtad, probidad y rectitud frente a las partes intervinientes y frente a los terceros, sino también que hubiese actuado con diligencia y cuidado, no solo con conciencia de su leal actuar sino con “[...] certeza total de la existencia del derecho o situación”,²¹⁷ principio éste desarrollado principalmente por el derecho mercantil, para blindar de seguridad jurídica las relaciones entre comerciantes.

El justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, pero el error en materia de derecho, por excepción, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario, a su vez, el artículo 769 del Código Civil, en concordancia con el artículo 83 de Constitución Política colombiana, establece la presunción legal del principio de la buena fe, estableciendo que la mala fe debe probarse.

El derecho premia a quien actúa de buena fe y castiga a quien actúa de mala fe,²¹⁸ a quien olvida esta regla general de conducta, es decir, premia la buena fe como presunción de inocencia; presunción de conciencia ética, lo que

²¹⁵ ÁLVAREZ y RESTREPO, Los principios..., Op. Cit., p. 161.

²¹⁶ “La buena fe exenta de culpa denota que si alguien en la adquisición de derechos o de una situación jurídica comete un error, de tal manera, que cualquier persona diligente y prudente lo hubiere cometido, engañado por las apariencias del mismo, sin poder descubrir su falsedad, tal hecho tiene la virtud de convertir lo meramente aparente en realidad...”. ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 213.

²¹⁷ VALENCIA ZEA, Derecho..., Op. Cit., p. 171.

²¹⁸ “El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fe y condenado al de mala fe. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre recto, no aquel que obrando con astucia, rapacidad, o viveza, trata de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan a la moral del hombre que obra con decoro social”, doctrina recogida por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 23 de junio de 1958 (“G.J.”, t.LXXXVIII, págs.. 233, 234). VALENCIA ZEA, Derecho..., Op. Cit., p. 170. Un ejemplo de como el ordenamiento jurídico sanciona los actos inmorales o desleales lo encontramos en uno de las causales de nulidad de los contratos, establecida en el artículo 1524 del Código Civil, según el cual “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; (...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria **a las buenas costumbres** o al orden público. (...) Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no

implica que la mala fe requiere probarse. Ello obedece a un criterio iusnaturalista del derecho de índole humanista de que el hombre es bueno; por esto, tanto el artículo 83 de la Constitución Política, como los artículos 769 del Código civil y 835 del Código de comercio, consagran la presunción de buena fe, aun exenta de culpa, obligando a quien afirme la mala fe que pruebe en contrario de lo presumido, presunción que entraña la consideración de que el hombre es bueno por naturaleza.²¹⁹

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991,²²⁰ consideró necesario establecer el principio de buena fe con carácter vinculante tanto para los particulares como para las autoridades, con lo cual se buscó limitar y controlar para los particulares el abuso del derecho, y en los servidores públicos el abuso, extralimitación o desviación del poder.

El artículo 768 del Código civil, en su inciso segundo, nos muestra cómo el deber de actuar de buena fe es un presupuesto esencial para la perfección de los negocios jurídicos, los cuales bajo los postulados de rectitud y lealtad del tradente, suponen la convicción para el comprador de haber recibido de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Sin la existencia del subprincipio confianza (buena fe pasiva), sería imposible el orden y normal funcionamiento de la sociedad, el tráfico jurídico, la celebración de acuerdos o contratos, el funcionamiento normal del Estado y de las instituciones

existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o **de un hecho inmoral**, tiene una causa ilícita". (N. F. de T.)

²¹⁹ "Ello tiene su fundamento en la consideración que se tiene de que el hombre por su naturaleza está dirigido a obrar conforme al bien, buscando la justicia y la moralidad". ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 211.

²²⁰ VALENCIA ZEA, Derecho..., Op. Cit. pág. 201.

públicas y privadas²²¹, la eficacia de los preacuerdos o etapas precontractuales y la ejecución de los contratos,²²² las ofertas, la suscripción de documentos, las transacciones comerciales, el cumplimiento de lo pactado, el funcionamiento del sistema de circulación del tránsito vehicular, la asistencia médica, jurídica y de otras profesiones liberales, las compras, el consumo de bienes y servicios, etc.

En un importante pronunciamiento sobre el principio de confianza, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de junio 23 de 1958, explicó el principio jurídico según el cual nadie podrá aprovecharse, ni a favor de terceros, de su propio dolo o mala fe, con fundamento en el contenido moral de la norma que prohíbe las actuaciones contrarias a la moral o buena fe. Al respecto expresó lo siguiente:

[...] El primer principio citado enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene **como fundamento la mala fe** o dolo en que ha incurrido.

²²¹ El artículo 255 del Código de Comercio establece el deber de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, para el liquidador de una sociedad, el cual asume la totalidad de las funciones administrativas del ente económico en calidad de administrador.

²²² Prescribe el artículo 1603 del Código Civil que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de diciembre 16 de 1969, al analizar la operatividad del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, extendió sus efectos en la etapa precontractual, afirmando que: "Aunque el artículo 1603 del Código Civil solo alude expresamente a la ejecución del contrato para exigir en ella la observancia de la buena fe, la verdad es que como por principio todo acto humano ha de ajustarse a los postulados de la moral, el de la buena fe, que es uno de ellos, ha de estar presente también en la etapa que precede a la celebración o formación definitiva de aquel, esto es, en la de su preparación, y es así como el desconocimiento en tal oportunidad de ese precepto ético, es tomado en consideración por el Derecho para sancionarlo. [...] De acuerdo con lo anterior, pues, en el período precontractual cada parte debe observar una conducta acorde con las exigencias de la buena fe. Lo cual significa, en un sentido negativo, que los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes, la ingenuidad del otro quede atrapada y convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero. Y significa, en un sentido positivo, que en el desarrollo del proceso previo al perfeccionamiento del contrato, las partes están en el deber recíproco de obrar dentro de los términos de la lealtad, la probidad y la rectitud de intención según las circunstancias de cada caso, de modo que una vez celebrado el acto no pueda decirse que, por haber pecado en materia grave contra tales valores, una de ellas colocó a la otra en condiciones de inferioridad, aprovechándolas para lograr la consumación del contrato".

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de **la mala fe** o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia.

Los tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometidos por el demandante, de acuerdo con la máxima: Nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores, **"es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura"**.

Es contrario, no solo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo. (N. F. de T.)

Los profesores López Mesa y Rogel Vide, consideran que “[l]a buena fe es, ante todo, un concepto jurídico indeterminado, al cual se refieren todos los ordenamientos jurídicos desde tiempos inmemoriales...”.²²³ Expresan que la buena fe como concepto jurídico se refiere a una actitud pasiva del sujeto, de actuar conforme a Derecho; es una noción psicológica, cognoscitiva o intelectual consistente en una convicción de estar actuando correctamente, conforme a derecho, aunque puede ser una creencia errónea ante el desconocimiento o ignorancia de un hecho o circunstancia, es el actuar sin conciencia de tal irregularidad, y es esta inocencia dispensa los eventuales daños causados, pero no se trata de una creencia supina, negligente o de confianza excesiva, se requiere que el convencimiento esté fundado en la información suficiente para creer, que el error de buena fe sea excusable.²²⁴

Por otra parte, la buena fe como principio superior general del ordenamiento social y jurídico es un regla de conducta, que consiste en “[u]n imperativo de conducta honesta, diligente, correcta [...]”,²²⁵ lejos del dolo y la mala fe, que exige ejercitar los derechos con lealtad, conforme a los postulados de la ética y moral social imperantes, orienta y complementa el ordenamiento jurídico “[d]otándolo de

²²³ LÓPEZ y ROGEL, La doctrina..., Op. Cit., pp. 57, 58, 59.

²²⁴ Cfr. Ibídem.

²²⁵ Ibíd. p. 61.

flexibilidad, impidiendo soluciones que, de ser adoptadas, serían contrarias a la equidad”.²²⁶

La buena fe como principio general no es un supuesto de hecho normativo, sino una verdadera norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de Derecho, irradia todas las esferas, situaciones y relaciones jurídicas, evitando la malicia o maquinaciones en el ejercicio de los derechos, y como principio procesal tiene plena aplicabilidad en todos los actos procesales realizados por el juez, las partes y demás intervinientes; por esto, para la cabal aplicación del principio de la buena fe en el derecho procesal se “[r]equiere de un juez fuerte, de un buen juez, que a la vez de fuerte debe ser sabio y prudente”.²²⁷

Para finalizar este acápite se transcriben las conclusiones sobre el principio de la buena fe, expresadas por el profesor Francisco Javier Acosta Gómez,²²⁸ las cuales creemos son extensivas igualmente al derecho público y, especialmente, al derecho procesal:

1. Es una directiva que deben marcar todos los negocios jurídicos o situaciones jurídicas de derecho privado.
2. Es la introducción de un criterio axiológico y moral dentro del derecho privado.
3. Implica lealtad, probidad y rectitud frente a las partes intervinientes y frente a los terceros.
4. El derecho premia a quienes actúan con buena fe o buena fe exenta de culpa (ordenamiento civil y comercial), implicando no solo rectitud sino también diligencia y cuidado.
5. El derecho castiga la mala fe y, por ende, castiga a las partes y los terceros que olvidan la buena fe, es decir, a quienes actúan de manera no diligente y no cuidadosa.
6. La buena fe es la regla general en los contratos y, por tanto, se presume. La mala fe es la excepción y, en consecuencia, hay que probarla. Ello obedece a un criterio jusnaturalista del derecho de

²²⁶ *Ibíd*em

²²⁷ *Ibíd.*, pp. 62-63 y 65-67.

²²⁸ ACOSTA GÓMEZ, *Filosofía...*, Op. Cit., pp. 214-215.

índole humanista. “El hombre, en su naturaleza ontológica es bueno y recto”.

7. El principio de la buena fe tiene su consagración constitucional en el artículo 83 que en su tenor literal reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

2. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL: UNA NORMA PRINCIPIO

Los profesores Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, reseñan en su libro “La doctrina de los actos propios”, cómo los primigenios principios jurídicos, que hoy se conocen como principios generales del derecho, “[...] surgieron inequívocamente en el campo del derecho natural o de la filosofía griega, y de allí fueron tomados por los juristas de Roma”.²²⁹

Fue así como Ulpiano formuló tres principios morales fundamentales, que han tenido una amplia influencia en la aplicación y desarrollo de importantes principios jurídicos y del ordenamiento jurídico en su conjunto, como los de buena fe, la responsabilidad, la justicia y la equidad, entre otros, tanto en los campos legislativos como jurisprudenciales, para la regularización jurídica de normas plausibles de conducta de contenido moral, las cuales facultan la exigibilidad por su trasgresión; estas máximas son:

- “Vivir honestamente”.
- “Dar a cada uno lo suyo”.
- “No dañar a terceros”.

2.1. Noción de principio

Empezamos nuestro razonamiento con la siguiente pregunta: ¿Qué es un principio? Expresa el profesor Mantilla Pineda, que “Aristóteles dice que principio

es “aquello por lo cual una cosa es, deviene o es conocida”. Hay según esta definición “un principio de ser y devenir” y “un principio de conocimiento” [...] Leibniz pasa por ser el descubridor del principio de razón suficiente. Ch. Wolff, su discípulo y sistematizador, dice que “principio es aquello que contiene en sí la razón de otro”.²³⁰

El concepto principio es definido por Villacampa como “[c]omienzo, punto de partida”. Afirma que “[se] distinguen muchas clases de principios: entre las principales, los lógicos (que pueden ser de identidad, de no contradicción y de tercero excluido) los morales y los postulados teóricos (que implican demostración). La filosofía crítica distingue el principio del fundamento (justificación-explicación)”.²³¹

Explican los profesores López Mesa y Rogel Vide, que “[la] palabra *principio* deriva, etimológicamente, del término latino *principium*, compuesto por la raíz *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso”, y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* –tomar– y en el sustantivo *caput* –cabeza– [...] En consecuencia, el término *principio* posee etimológicamente un sentido histórico (“lo antiguo”) y un sentido axiológico (“lo valioso”).²³²

Para el profesor Mantilla Pineda los principios son: “[...] principios del ser u ontológicos, principios de devenir o procesales, principios de conocer o gnoseológicos y principios de la conducta humana o axiológicos. Los principios ontológicos son principios constitutivos y explicativos del ser, sin sujeción a tiempo; los principios procesales son principios explicativos del acontecer causal en la realidad; los principios gnoseológicos son principios explicativos del

²²⁹ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires: Editorial Reus, IB. de F., 2005. p. 38.

²³⁰ MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., p. 114.

²³¹ VILLACAMPA, Filosofía..., Op. Cit., p. 174.

²³² LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, La doctrina..., Op. Cit., p. 36.

conocimiento formal y material; y los principios axiológicos son principios normativos de la conducta humana. En orden de implicación y fundamentación podemos afirmar que los principios ontológicos son originarios y sirven de fundamento a los procesales, gnoseológicos y axiológicos...”²³³

David Aristizabal Velásquez, en un estudio realizado sobre la etiología y el fundamento constitucional del principio general de la buena fe en Colombia, señala que “Miguel Realé, por su parte, expone que un principio es “un enunciado lógico que se admite (sic) condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituye un determinado campo del saber”. Considera el mismo autor que los principios son omivalentes, cuando son válidos en todas las formas del saber, como el principio de identidad o de razón suficiente (plurivalentes) [...] José María Díaz Couselo, citado por Monroy Cabra, sostiene que “los principios generales son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria”.²³⁴

A manera de aproximación, y para entender su complejidad conceptual, a continuación se transcriben varias definiciones que demuestran que no existe un criterio uniforme sobre el concepto de principio jurídico, su naturaleza y funciones. Del Diccionario Jurídico Espasa traemos la siguiente definición de principio general del derecho:

Criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas en el plano positivo [...] Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia de valor elemental y naturaleza objetiva. Y su condición de fuente normativa del ordenamiento explica que puedan adoptar

²³³ MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., p. 115.

²³⁴ ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. Monografía. Versión digital disponible en: <http://www.monografias.com/> trabajo elaborado por de Colombia, Medellín (agosto de 2009).

peculiaridades, que, sin romper su tónica general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de un determinado grupo humano y social. No son, ciertamente, verdades absolutas, pero su más pura esencia responde a una general aspiración que se traduce, en la órbita jurídica, en una política de desenvolvimiento y realización de su contenido, que es lo que les da su utilidad. [...] De dicha expresión²³⁵ resulta que son dos las funciones asignadas a los principios generales: a), ser fuente subsidiaria, en defecto de la ley o la costumbre; b), informar al ordenamiento todo, labor que realizan sin perjuicio. A las cuales funciones debe añadirse una tercera la interpretadora.²³⁶

Nótese que en la definición se le asigna a los principios, de un lado, una función subsidiaria y, de otro, su carácter informador (fuente superior o última) del ordenamiento.

Del Diccionario Jurídico Colombiano, traemos la siguiente definición:

Complejidad de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento determinado de su historia. Se podría decir que los principios generales del Derecho son las direcciones o líneas o matrices según las cuales se desarrollan las instituciones jurídicas. Cualquier principio de derecho supone una concepción de lo que se estima como justo formulada en una regla de derecho. Existen principalmente dos direcciones respecto a la manera de concebir los principios generales del Derecho, explica Rafael de Pina: La llamada filosófica o iusnaturalista y la histórica o positivista. La orientación positivista sostiene que los principios generales del Derecho, a que alude el legislador, son aquellos que sirven de inspiración y fundamento al derecho positivo; la orientación filosófica, contrariamente, entiende que tales principios están constituidos por las verdades eternas dictadas por la razón o la sabiduría divina. Son, expresa José Consuelo, aquellos juicios de valor anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa y consuetudinaria. Son, al decir de Carnelutti, como el alcohol en el vino, el espíritu en la esencia de la

²³⁵ El editor se refiere al "antiguo" artículo 6º, párrafo segundo, del Código Civil Español, y del actual artículo 1.4. (nota propia).

²³⁶ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe S. A., 1999. p. 793.

ley.²³⁷

Del Diccionario Jurídico del doctor Jaime Sierra García, tomamos la siguiente definición:

Se entiende por principios generales del derecho “aquellas normas que no figuran en textos expuestos de la legislación, pero que la constitución y la ley reconoce como incorporadas al derecho positivo, debiendo ser respetadas, informa que su violación constituye ilegalidad”. Mario Rodríguez.²³⁸

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra principio como la “[b]ase, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia”. De la anterior definición semántica de la palabra principio se sirve el maestro Hernán Valencia Restrepo para explicarnos la idea filosófica de fundamentabilidad de los principios jurídicos; al respecto señala:

[...] los conceptos base, fundamento, origen, razón fundamental de algo. Ellos se pueden epitomar en un sustantivo abstracto: fundamentabilidad, que, a su vez, se puede concretar en lo principal de una cosa. En efecto fundamento en filosofía es principio o fuente de algo, razón de una realidad, origen de una entidad.²³⁹

Elaborar una noción de principio y definir la naturaleza jurídica es de entrada una situación problemática,²⁴⁰ toda vez que los mismos han sido definidos conceptualmente de una manera divergente desde las dos vertientes o corrientes

²³⁷ Diccionario Jurídico Colombiano. 4ª Ed. Bogotá: Editorial jurídica Nacional, 2001. p. 1077.

²³⁸ SIERRA GARCÍA, Jaime. Diccionario Jurídico. 2ª Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1999. p. 214.

²³⁹ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho. 2ª Ed. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis S.A., 1999. p. 246.

²⁴⁰ Afirma nuestro autor que “[...] es necesario advertir que la batalla más encarnizada, decisiva y omnicompreensiva entre las corrientes iusnaturalistas y positivistas se escenifica o libra en la liza de los principios generales del derecho.” *Ibíd.*, p. 17.

principales de la filosofía del derecho,²⁴¹ “[...] los positivistas los consideran como directrices de un ordenamiento jurídico y los iusnaturalistas como criterios universales y eternos con carácter suprapositivo”,²⁴² pero ambas vertientes filosóficas aceptan que los principios son vinculante y correctivos del ordenamiento jurídico.²⁴³

Para el positivismo jurídico los principios jurídicos no contienen mandatos definitivos, son mandatos de optimización, son normas cuyo cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas imperantes, por lo que los principios dependen y requieren de ponderación con otros principios opuestos para ser aplicados;²⁴⁴ para los iusnaturalistas los principios son “criterios universales y eternos de justicia con carácter suprapositivo”.²⁴⁵

Con referencia a la importancia de los principios, afirma el profesor Acosta Gómez que “Los principios generales del derecho han sido considerados desde la hermenéutica filosófica como un conjunto de verdades universales que constituyen el fundamento del derecho positivo, por lo que no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico. Ellos son un punto de intersección entre la ciencia jurídica y la filosófica, a pesar de que la primera las trate con un carácter particular, y la

²⁴¹ “Pero la dificultad mayor obedece a que el concepto imbrica la posición filosófica del expositor, enmarcada ya en el iusnaturalismo, ya en el iuspositivismo, ya en tendencias de acercamiento entre dos vertientes otrora antagónicas (Recasens Siches, Hart, Viehweg, Alexy, entre otros). Así pues, la filosofía del exponente es vital para lograr la inteligencia del concepto.” ÁLVAREZ, María Yolanda y RESTREPO MEJÍA, Luz María “Los principios generales del derecho en la contratación privada”. En: *Estudios de Derecho* Volumen LVII, No. 129, Medellín: Editorial L. Vieco e Hijos Ltda. Junio de 1998. p. 133.

²⁴² ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 161.

²⁴³ Al respecto, afirma Sergio Estrada: “Sin abordar la perenne discusión entre iuspositivistas y iusnaturalistas acerca de la naturaleza de los principios (elementos metajurídicos para aquellos y normas jurídicas fundantes del ordenamiento para éstos), resulta imperioso, tanto para una escuela como para la otra, la aceptación de la fuerza vinculante y correctiva de los principios, ora desde un plano moral (iusnaturalista) ora desde un plano jurídico (iuspositivismo), carácter imperativo derivado de un acuerdo tácito de la sociedad acerca del deber ser al cual debe tender cada norma del ordenamiento jurídico”. ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, *Los principios y el bloque de constitucionalidad*. 2ª Ed. Medellín: Editorial Sello Editorial Universidad de Medellín, 2006. p. 74.

²⁴⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *El Concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*. Citado por VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit., p. 228.

segunda, dado su carácter omnicomprendivo, las generalice”.²⁴⁶

Las profesoras María Yolanda Álvarez Álvarez y Luz María Restrepo Mejía elaboraron una noción de principio, partiendo de la premisa de que los principios son normas jurídicas que involucran un valor, “[...] o si se quiere, son valores formulados deónticamente, bajo proposiciones jurídicas que, como tales, implican un deber ser [...] la discrepancia doctrinaria se presenta respecto a cuál debe ser el peso específico que tiene el valor mismo dentro de la aplicación del principio [...] las respuestas a estas cuestiones depende de la posición filosófica que se adopte”.²⁴⁷ En su escrito citan al tratadista Robert Alexy,²⁴⁸ el cual plantea con respecto a la relación principio-valor lo siguiente:

[...] entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural [...] Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores, y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio si dice que es bueno o malo, o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico.

Concluyen la noción de principio las profesoras María Yolanda y Luz María, indicando que los principios son valores formulados deontológicamente, en proposiciones del deber ser, y, al ser verdaderas normas jurídicas, de la posición filosófica asumida depende la función del valor contenida en los principios, con

²⁴⁵ ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 161.

²⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 161-162.

²⁴⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, María Yolanda, y RESTREPO MEJÍA, Luz María. “Los principios generales del derecho en la contratación privada”. En: *Estudios de Derecho*. Vol. LVII, No. 129. Medellín: Editorial L. Vieco e Hijas Ltda. (junio de 1998). p. 134.

fundamento en lo expresado por Alexy y, es desde una teoría jurídica y no axiológica en donde corresponde el estudio y aplicación de los principios.²⁴⁹

Aunado a esta disertación sobre la relación principio-valor, el constitucionalista Gustavo Zagrebelsky, agrega:

En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares, y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no controvertir el valor contenido en el principio.²⁵⁰

Los principios generales del derecho son fuente formal del derecho,²⁵¹ y tienen consagración en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, los cuales con la finalidad de subsanar las lagunas jurídicas le permite al juez resolver casos no previstos por el legislador, dados los constantes y rápidos cambios sociales que dejan anacrónicas las leyes.

La Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 8º de la ley 153 de 1887 ha creado varios principios generales relacionados con el principio de buena fe como, por ejemplo, “el abuso del derecho” con base en el artículo 2341 del Código Civil, el cual sanciona los comportamientos dolosos o culposos en perjuicio

²⁴⁸ ALEXY, Robert. El concepto y validez del derecho. Citado por ÁLVAREZ, María Yolanda y RESTREPO MEJÍA, Luz María “Los principios generales del derecho en la contratación privada”. Op. Cit. p. 135.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 136.

²⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 118.

de una persona, lo que implica responsabilidad personal²⁵²; el llamado “enriquecimiento sin causa”, que dispone que “nadie puede enriquecerse sin derecho y en perjuicio de otro”²⁵³; el “error común crea derecho” (*communis facit jus*), regulado en los artículos 149, 150, 947, 1634 y 2199, entre otros, del Código Civil.

La Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992, explicó las diferencias existentes entre los valores y los principios constitucionales, y la determinante función teleológica, axiológica y política que cumplen los valores desde la Constitución, además su valor normativo para el presente pero como expresión de fines jurídicos para el futuro, y su función orientadora de la actividad interpretativa del juez. Por el contrario, para la Corte los principios son verdaderas prescripciones jurídicas que marcan el inicio de un nuevo orden social, son un modelo “ineludible de interpretación, aunque de amplia generalidad, con supremacía normativa, pero reconoce que entre los valores y los principios media una relación de continente a contenido, existiendo una diferencia de grado y no de naturaleza”. Veamos:

[...] a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. [...] Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte

²⁵¹ “Los principios generales del derecho son, en fin, aquellos fundamentos evidentes del Derecho, las bases inmovibles del razonamiento jurídico; aquellos hitos que no pueden pasarse por alto al razonar jurídicamente”. LÓPEZ y ROGEL, La doctrina..., Op. Cit., p. 37.

²⁵² Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 21 de 1938. G.J., T. XLVI, p. 60.

²⁵³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de septiembre 6 de 1935. G.J. T. XLII, p. 605.

organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana. [...] Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, [...]. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. [...] Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. **La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia.** Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, **la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia.** Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto. (N. F. de T.)

El exmagistrado de la Corte Constitución Jaime Araujo Rentería,²⁵⁴ plantea que los Estados modernos de posguerra, cada vez más, remiten en sus textos a los valores y principios no positivizados o extrasistemáticos,²⁵⁵ refiriéndose a los

²⁵⁴ Salvamento de voto del Magistrado Dr. Jaime Araujo Renteria, sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional. Temas: referendo, reelección presidencial, acto legislativo 02 de 2004.

²⁵⁵ Eso es lo que explica que después de la 2ª guerra mundial, las constituciones (que son derecho positivo) hayan hecho remisiones a valores, derechos y principios no escritos o no positivizados. Paradójicamente el derecho positivo remite al derecho natural. La consecuencia es que esos

países en los cuales durante la segunda guerra mundial más se violaron los derechos humanos, en especial el derecho fundamental a la dignidad humana,²⁵⁶ como fue el caso de Alemania, Italia y España.

Como ejemplo de lo anteriormente expresado, el exmagistrado Araujo Rentería señala cómo algunos textos constitucionales foráneos remiten a los valores y principios no positivizados, al igual que lo hace la Constitución colombiana, así:

ALEMANIA

Artículo 1°. 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, **los derechos inviolables e inalienables del hombre** como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.

ITALIA

Artículo 2°. La república **reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad**, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

Artículo 3°. Todos los ciudadanos tendrán **la misma dignidad social y serán iguales ante la ley**, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales.

valores y principios hacen parte de las constituciones (por remisión) y es deber de los tribunales constitucionales hacerlos cumplir; salvaguardarlos, protegerlos y defenderlos". *Ibíd.*

²⁵⁶ "La humanidad va aprendiendo de sus experiencias nefastas y una de las más nefastas fue la segunda guerra mundial, donde perdieron la vida 50 millones de seres humanos. Donde no solo se violó masivamente el derecho a la vida, sino que fueron vulnerados todos los derechos humanos. El hombre no fue tratado como un fin en sí mismo, sino como una cosa y su dignidad humana fue desconocida. [...] Contra esa locura reaccionaron los hombres y dejaron claro que los seres humanos eran seres dignos y que sus derechos les pertenecían aunque no estuvieran consagrados en las constituciones. Los valores, principios y derechos fundamentales le pertenecen a todos los hombres por el solo hecho de ser personas independientemente de que estuvieran positivizados". "[...] La idea Kantiana de que todos los seres humanos tenemos en común una conciencia moral y una igual autonomía que es la base de una dignidad igual para todos, trae como consecuencia que ningún hombre sea usado como medio al servicio de otros hombres y convierte a cada persona en un fin en sí mismo. Esa igualdad moral es el fundamento de la igualdad jurídica o igualdad ante la ley." *Ibíd.*

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

ESPAÑA

Artículo 10.1. **La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes**, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

COLOMBIA

Artículo 5º. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, **la primacía de los derechos inalienables de la persona** y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Artículo 94. 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.**²⁵⁷

Concluye el exmagistrado Araujo que los principios y valores, positivizados o no, son garantizados por las constituciones modernas por estar integrados a ella ya sea de manera directa o indirecta por remisión; en ambos casos, los principios y valores se positivizan, integrándose al ordenamiento jurídico como normas superiores o fundamentales.

Para algunos doctrinantes los principios no tienen fuerza normativa,²⁵⁸ mientras

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ Explica Valencia Restrepo que “Dos (2) son las tesis más representativas negadoras del carácter normativo de los principios: A) La que enseña que son construcciones doctrinales o nociones técnicas y, por consiguiente, carentes de normatividad. B) la que los concibe como orientaciones e ideales de política legislativa, que sirven de criterios programáticos para el progreso de las tareas del legislador y que no se obtienen por inducción de las normas menos generales y particulares. De todo lo cual se desprendería su índole no prescriptiva. *Contrario sensu*, para esta tesis, los únicos principios serían los obtenidos por inducción de las reglas y,

que para otros son verdaderas normas jurídicas²⁵⁹ que informan todo el ordenamiento,²⁶⁰ porque materializan los valores fundamentales de una sociedad, estructuran las bases del Estado para una sana convivencia y prescriben el correcto funcionamiento de sus instituciones;²⁶¹ son estructuras normativas de tipo abierto porque, aún aquellos pertenecientes a una rama específica del derecho, pueden ser aplicados como normas rectoras en otros que no los contenga, porque se actualizan y enriquecen diariamente por la vía legal, jurisprudencial y doctrinaria,²⁶² y hacen parte de la realidad problemática del hombre en

justamente por ello, esos si serían normas jurídicas”. VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit., p. 231.

²⁵⁹ Para el profesor Agudelo Ramírez “los principios son auténticas normas jurídicas y su juridicidad consiste en su normatividad vinculante al ordenamiento; por esto, no se debe ignorar su valor normativo, en particular con su expreso respaldo constitucional. AGUDELO RAMÍREZ, Filosofía..., Op. Cit. p. 94. En palabras de Bobbio: “El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras. [...] si son normas aquellas de las que se extractan los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué éstos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. ¿con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero entonces, ¿sirven para el mismo fin que sirven las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?” BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Citado por VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 237. “En cuatro (4) podemos sintetizar los argumentos más importantes en pro de la normatividad de los principios: 1º. Son normas dotadas de supuesto y consecuencias (los dos elementos estructurales de toda norma jurídica); 2º. Regulan casos, en lo que estriba toda toda función o todo el papel de cualquier norma jurídica; 3º. Su violación es causal de casación tal como ocurre con la violación de una norma sustancial; y 4º. El bloque de constitucionalidad se compone de principios que no pertenecen formalmente a la Constitución pero sí materialmente y por ello son auténticas normas constitucionales. VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 245. Señala Acosta Gómez que “Desde la juridicidad, los principios son auténticas normas jurídicas que hacen parte del ordenamiento y como tales constan de los dos elementos estructurales: hipótesis o supuesto de hecho y consecuencias jurídicas, aún cuando éstas últimas se presenten en forma tácita.” ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit. p. 166.

²⁶⁰ Los profesores López Mesa y Rogel Vide, describen como una de las funciones de los principios la de servir de “fundamento del ordenamiento jurídico”, la cual consideran fuente de fuentes al servir de fundamento o fuente informadora del ordenamiento jurídico. “Cuando los principios generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como superfuente o fuente de fuentes e, indirectamente, están presentes en la ley o costumbres aplicables.” LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, La doctrina..., Op. Cit., p. 46.

²⁶¹ “Son principios “del derecho” porque aluden a normas jurídicas relativas a la estructura y forma de organización del Estado; a su sistema económico y a los valores fundamentales que deben observarse para lograr la convivencia pacífica y el funcionamiento del Estado mismo”. ÁLVAREZ ÁLVAREZ y RESTREPO MEJÍA, “Los principios..., Op. Cit. p. 137.

²⁶² *Ibidem*.

sociedad,²⁶³ realidad que al ponerse “[...] en contacto con los principios, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor”.²⁶⁴

Luigi Ferrajoli le asigna a los principios generales del derecho la función específica de “[o]rientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control cada vez que la verdad procesal sea en todo o en parte indecible (...)”.²⁶⁵

Por cuanto el maestro Valencia Restrepo, en su libro *Nomoárquica, principialística jurídica* o los principios generales del Derecho, ha realizado un estudio científico, metódico o sistemático de los mismos, sus definiciones conceptuales y conclusiones serán referenciadas a fin de tener una noción más amplia de los principios generales del derecho, su naturaleza y funciones.

Nuestro autor bajo cita conceptúa los principios generales del derecho a partir de ocho elementos definitorios, así: “normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento”.²⁶⁶

De estos ocho elementos definitorios, cuatro corresponden a su naturaleza jurídica y los otros cuatro a su naturaleza filosófica; con la primera se particulariza y con la segunda se generaliza el Derecho. La naturaleza jurídica de los principios se manifiesta en su condición de “normas jurídicas, imperativas, implícita o explícitamente positiva, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento” y la naturaleza filosófica se manifiesta en ser normas

²⁶³ “Tal pretensión de los principios generales del derecho parte del supuesto que el derecho es una realidad problemática, en donde, es imposible encontrar soluciones lógico-deductivas y apriorísticas a las cosas que se presentan en su consideración [...] Los principios generales del derecho devuelven al derecho su carácter problemático y aporético, por lo que reclaman soluciones actuales, singulares y justas a cada una de las situaciones que se presentan a su consideración.” ACOSTA GÓMEZ, *Filosofía...*, Op. Cit. pp. 162-163.

²⁶⁴ ZAGREBELSKY, *El Derecho...*, Op. Cit. p. 118.

²⁶⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, Op. Cit. pp. 173-174.

²⁶⁶ VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 55.

fundamentales, universales, tópicas y axiológicas.²⁶⁷

Los principios presentan un “desdoblamiento fontanal”²⁶⁸ al ser al mismo tiempo fuente²⁶⁹ material y formal del ordenamiento;²⁷⁰ es fuente material porque es norma inspiradora de los contenidos de las demás normas²⁷¹ y es fuente formal al ser fuente de creación de las normas jurídicas;²⁷² son los valores sociales preponderantes,²⁷³ vigentes²⁷⁴ y fundantes de una sociedad dada,²⁷⁵ que

²⁶⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 14.

²⁶⁸ “Únicamente los principios están dotados de un desdoblamiento fontanal, debido a que funcionan al propio tiempo de fuentes materiales y formales del ordenamiento, desdoblamiento del que están desprovistas las demás fuentes (legislación, costumbre, jurisprudencia, doctrina), que solo se desempeñan como formales. Es así porque ellos y no más que ellos sirven de inspiración a las demás fuentes y éstas no los inspiran a ellos.” *Ibíd.*, p. 94.

²⁶⁹ Nuestro autor explica que “con la rúbrica *fuentes del derecho* se designa en la iusfilosofía y en la teoría general del derecho el estudio de la producción del derecho y, más exactamente, el estudio del origen material y formal de las normas jurídicas.” *Ibíd.*, p. 81.

²⁷⁰ “La función creativa permite que los principios se conviertan en la fuente material y formal por excelencia del ordenamiento, en su fuente primigenia o primordial, en la fuente de las fuentes, pues que ellos preceptúan de una manera implícita o explícita positiva los requisitos de fondo y forma que la Constitución, la ley, la costumbre y los mismos principios deben llenar para ser fuentes jurídicas.” *Ibíd.*, p. 66.

²⁷¹ Nuestro autor explica que “los principios son fuentes materiales del derecho porque indican la materia o contenido que deben tener o no tener tanto las fuentes formales generales, bien las principales (Constitución, legislación), bien la subsidiaria (costumbre y los mismos principios), como las fuentes particulares, cuales las jurisprudenciales, que con las sentencias crean normas individualizadas, el contrato y el acto administrativo”. “[...] Los principios son fuentes materiales del ordenamiento porque gozan de validez intrínseca, la cual reside en su contenido valioso para una sociedad dada. Ellos conforman la base o fundamento de las normas jurídicas, ya que ellas proporcionan la materia.” “[...] En síntesis, los principios son fuentes materiales del derecho porque son un conjunto de fenómenos sociales, o sea, los valores bilaterales fundamentales vigentes en la sociedad, que determinan la materia o contenido de las normas jurídicas.” *Ibíd.*, pp. 83, 84 y 85 (ver más sobre este tema en la p. 64 del mismo autor). Expresa el profesor Estrada que “[...] los principios ostentan la cualidad de ser normas materialmente constitucionales en razón de su contenido axiológico y constituyen medio para una rematerialización de la Constitución, estableciendo criterios de validez material de las restantes normas jurídicas.” ESTRADA VÉLEZ, *Los principios...*, Op. Cit., p. 73.

²⁷² Son fuentes formales porque “[...] se materializan en los tres (3) fenómenos que entraña la metáfora *fuentes formales*, a saber A) Procesos de positivización de las normas jurídicas. B) Autoridades extraestatales o estatales que las producen. C) Entidades donde se las encuentra o de donde se las obtiene.” VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 85. Ver arts. 8° y 13 de la ley 153 de 1887.

²⁷³ Según Valencia Restrepo “si toda norma conlleva un valor y éste es la base de toda operación jurídica discursiva, las normas jurídicas serán aplicación, desarrollo y concreción de los valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad dada, los cuales en último análisis, son valores prejurídicos o prepositivos que se encuentran, se itera, en los principios [...] Por tanto, cuando se trate de crear, interpretar o integrar una norma (que son operaciones discursivas) el caso deberá

comportan pautas obligadas de comportamiento entre los congéneres humanos, de amplio ámbito de aplicación en las relaciones sociales, económicas, políticas, familiares y en todo lo atinente a la organización de la vida en sociedad. En su observancia están comprometidos el bien común, el orden público y las buenas costumbres, por lo que constituyen el máximo deber ser, de ahí su imperatividad y la consecuente prohibición de pactar en contrario a ellos, como si lo permite la ley para las normas dispositivas (art. 15 del Código Civil).²⁷⁶

La positivización²⁷⁷ de los principios jurídicos cohesiona²⁷⁸ e inspira²⁷⁹ el ordenamiento jurídico desde los momentos de creación, interpretación e integración de las normas jurídicas; son normas explícita e implícitamente positivas,²⁸⁰ algunos de rango constitucional y otros de rango legal,²⁸¹ que integran

resolverse con base en un valor bilateral, fundamental, social, y vigente, el cual se halla en un principio". *Ibíd.*, p. 59.

²⁷⁴ Nuestro autor explica que "antes de promulgar las normas jurídicas (la general o la individualizada), su hacedor (los poderes constituyente, legislativo, ejecutivo y jurisdiccional) debe conocer los principios que, repetimos, son los valores bilaterales fundamentales vigentes en la sociedad, para inspirarse en ellos y poder pasar luego a positivizarlos." *Ibíd.*, p. 66.

²⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 66 y 250.

²⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 247 y 248.

²⁷⁷ Según nuestro autor "la positivización, pues, es lo que le da forma al derecho, a las normas jurídicas. Percatémonos de que hablar de positivización es lo mismo que hablar de fuentes formales del ordenamiento." *Ibíd.*, p. 149.

²⁷⁸ "De tal manera no se rompen la unidad del ordenamiento ni su coherencia, pues que la creación, e interpretación e integración hallan su origen común en los principios, donde reposan los valores bilaterales, fundantes y sociales." *Ibíd.*, p. 59.

²⁷⁹ Nuestro autor explica que "la vía legal da a conocer los principios que han inspirado el ordenamiento (los *secundum legem*). La jurisprudencial y la doctrinal, los que lo han debido y podido inspirar (los *praeter legem* y los *contra legem*"). *Ibíd.*, p. 484.

²⁸⁰ El profesor Hernán Valencia explica que la positividad de las normas puede ser explícita o implícita; es explícita la producida por autoridades u órganos estatales, facultad que es conferida de manera expresa y solemne en ejercicio de una función pública y se caracteriza por ser coercitiva, organizada y especializada, es decir, el Estado mantiene el monopolio de la fuerza y del derecho. La positividad implícita es la producida por la comunidad o la doctrina; la coercibilidad es inorgánica, desorganizada o descentralizada y, en consecuencia, no existe monopolio de la fuerza y del derecho, ya que los mismos están atomizados en la comunidad; las normas son producidas por autoridades informales no estatales de una manera tácita no solemne, "[...] cuales son los actos normativos llamados principios generales del derecho y la costumbre, generados por procesos correspondientes: el principal y el consuetudinario." Cfr. *Ibíd.*, pp. 417-418. "Para llegar a ser normas jurídicas, los principios deben recorrer uno (1) de dos (2) caminos o procesos: la positivización estatal o la positivización o la positivización extraestatal. Ambas vías de positivización se enraízan en los valores bilaterales fundamentales de una sociedad dada." *Ibíd.*, p. 419.

los valores superiores de la sociedad,²⁸² lo que permite afirmar la superioridad de los principios sobre otra clase de normas,²⁸³ estableciendo un vínculo innegable entre derecho y moral.²⁸⁴ Los principios jurídicos humanizan²⁸⁵ y dinamizan el derecho llenándolo de contenidos éticos,²⁸⁶ enriqueciendo la cultura jurídica; hacen del derecho un derecho viviente.²⁸⁷

Los objetivos de los principios se pueden resumir en tres (3) verbos: elaborar (función creativa), comprender (función interpretativa) y suplir (función integrativa)

²⁸¹ El profesor Hernán Valencia llama “vía legal” al medio por el cual, además de la jurisprudencia, se descubren en el ordenamiento jurídico los principios expresamente positivos ya sean los constitucionales o los legales, en donde la Constitución es la ley por antonomasia (arts. 4° y 230 de la C.P.). Cfr. *Ibíd.*, p. 461.

²⁸² Según nuestro autor “[...] la vía legal se justifica al menos porque, por una parte, los principios son valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad y para conocer los más importantes hemos de consultar la Constitución, la cual es expresión positiva de aquélla, Constitución que los recoge preferentemente en la parte orgánica. Caen, pues, los principios constitucionales dentro de la órbita de la vía legal. Por otra, las leyes solo pueden ser desarrollo de los principios constitucionales. Luego, también los principios contenidos en las leyes caen bajo la órbita de la vía legal.” *Ibíd.*, p. 463-464.

²⁸³ Explica Alexy que “la existencia y superioridad normativa de los principios jurídicos revela la vinculación irreductible entre Derecho y Moral”. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, Op. Cit. p. 75.

²⁸⁴ Según Batiffol “la vida del Derecho consiste en reglamentar las relaciones sociales caracterizadas por factores económicos, morales, psicológicos: ¿es posible hacer abstracción de lo que constituye la materia del Derecho si se desea comprender lo que él es?”. BATIFFOL, *Filosofía...*, Op. Cit. p. 25.

²⁸⁵ Expresa Acosta Gómez que “[...] Los principios generales del derecho humanizan al derecho. Ello, porque dan una gran dosis de contenido axiológico al mismo pues confirman los valores jurídicos y fundamentales de una comunidad determinada. Todos los principios generales del derecho aspiran a la realización del máximo valor: la justicia. [...] Los principios generales del derecho “reactualizan y dinamizan el derecho”. Es decir, buscan que la realidad no supere la norma tratando que el derecho sea siempre vivo y siempre actual, conforme a las realidades históricas y sociales”. ACOSTA GÓMEZ, *Filosofía...*, Op. Cit., p. 162.

²⁸⁶ “Además, solo a través de la hermenéutica es como se puede remitir los principios a las tradiciones históricas que los han forjado, a sus contextos de significado, al mundo de valores que encarnan y a las grandes opciones de cultura jurídica, de la que forman parte, para entender su *ethos*”. VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 224. “*Ethos* es el reino del universal concreto en la práctica. Es el principio de normatividad de todos los actos permitidos o prohibidos en una sociedad global. Que consagra una misma tabla de valores. Tomando, entonces, la acepción *Éthos* en su sentido prístino u originario, podemos denominar *principio ético* al principio regulador de la conducta humana, es decir, a los valores de conducta intersubjetiva”. *Ibíd.*, p. 259.

²⁸⁷ “En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de la regla, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias [...] En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el

las normas jurídicas, con miras a la realización del fin de los fines de los mismos, que es cuádruple: humanizar, hacer justo, racionalizar y actualizar el derecho”.²⁸⁸

Según el profesor Hernán Valencia Restrepo la función integradora de los principios ha sido históricamente sobrevalorada por diversas causas, una de ellas se debe a que la función integradora fue llevada a las codificaciones legales de los siglos XVII, XVIII y XIX,²⁸⁹ como instrumento subsidiario²⁹⁰ de la analogía, para decidir los casos en los cuales no existiera ley exactamente aplicable, evitando el pretexto de ausencia o silencio de la ley; con los principios se podía resolver los casos difíciles o no previstos por las leyes y llenar los vacíos o lagunas legales, permitiendo “[...] que el derecho llegue a ser una plenitud hermética”.²⁹¹

La función integrativa o correctiva de las reglas jurídicas fue considerada tradicionalmente por el positivismo jurídico²⁹² como la función por antonomasia de los principios generales del derecho, cumpliendo, por lo tanto, una función supletoria o subsidiarias, para superar lagunas o vacíos jurídicos, dudas interpretativas o resolver contradicciones. Esta sobre valoración de la función integradora se debió a tres causas, las cuales explica el profesor Hernán Valencia,

derecho funciona *como si rigiese un derecho natural.*” ZAGREBELSKY, *El Derecho...*, Op. Cit., pp. 118 y 119.

²⁸⁸ VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 58.

²⁸⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 11. En nuestro país la ley 153 de 1887, por la cual se adicionaron y reformaron las leyes 61 de 1886 y 57 de 1887 (códigos nacionales), dispuso en su artículo 4° que los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos, y en su artículo 8° dispuso que cuando no existiera ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto las reglas generales de derecho.

²⁹⁰ “Es de registrar la desgraciada y restringida fórmula que emplea la Carta magna colombiana de 1991 para consagrar los principios generales como fuente auxiliar del derecho judicial [...] cuando han debido expresar que los principios son la fuente de las fuentes de todo el derecho y no exclusivamente de la actividad judicial”. VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit., p. 12.

²⁹¹ RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *Principios constitucionales del derecho procesal*. 1ª reimpresión. Medellín: Editorial Señal Editora, 2004. p. 40.

²⁹² “Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condiciones de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”. ZAGREBELSKY, *El Derecho...*, Op. Cit., p. 117.

así: “1^a. Ella es la más conocida de las funciones. 2^a. Cronológicamente, la primera función, que Constituciones y códigos han asignado a los principios, ha sido la integrativa. 3^a. Es la única función reconocida por el positivismo.

En palabras de Zagrebelsky, “Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñaban una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena y satisfactoriamente la función reguladora que tiene atribuida”.²⁹³ Dicha posición desconoció las otras dos funciones más importantes de los principios: la función creativa y la función interpretativa, las cuales tienen por destino servir de fuente primordial o principal del derecho.²⁹⁴

Los principios permiten desentrañar el “principio sumo de la justicia”, que es enunciado por el profesor Valencia Restrepo de la siguiente manera: “El derecho debe ser justo y su aplicación equitativa”.²⁹⁵ Así, el principio de la justicia entraña la relación justicia-equidad,²⁹⁶ y al estar dotado de universalidad o “máxima generalidad”, surte de contenido o de materia a los demás principios jurídicos menos generales; es el principio fundante al contener el fundamento axiológico que inspira o debió inspirar todo el ordenamiento jurídico.²⁹⁷ De igual manera

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 243.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 267.

²⁹⁶ “Según una definición escolástica que se suele remontar a Aristóteles, la equidad es la “justicia del caso concreto”. Más precisamente Aristóteles, al analizar en la *Ética Nicomaquea* las relaciones de la *legalidad* y de la *equidad* con la justicia, escribió que “lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal” [...] la equidad serviría, pues, para colmar la distancia entre la abstracción del supuesto típico legal y la concreción del caso juzgado: “tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. [...] Por eso lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero si mejor que el error que surge de su carácter absoluto”. FERRAJOLI, *Derecho...*, Op. Cit., p. 156.

²⁹⁷ “Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son conculcados, carecen tales leyes de validez, el pueblo no está obligado a

constituye un parámetro objetivo para el operador jurídico (jurisdiccional o administrativo) en su labor creativa, interpretativa e integrativa del derecho.²⁹⁸

Como toda norma jurídica los principios constan de dos elementos estructurales: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica,²⁹⁹ no son normas incompletas,³⁰⁰ siempre el supuesto es el enunciado que prescribe de manera general la realización u observancia de una conducta y la consecuencia es tácita o latente, pero deducible³⁰¹ (recompensa, ventaja, validez o firmeza del acto, obligación de indemnizar, etc.). Al igual que las reglas los principios necesitan de una norma posterior que los particularice o individualice, sea esta la sentencia, el acto administrativo o el contrato, para que aparezca expresamente la consecuencia jurídica.³⁰²

En su contenido valorativo-teleológico los principios cimientan las estructuras sociales para su existencia y funcionamiento acorde con lo reglado por el derecho,³⁰³ al involucrar la protección de bienes jurídicos tales como la justicia, la

obedecerlas y los juristas deben tener el coraje de negarles el carácter de derecho". RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999. pp. 72-73.

²⁹⁸ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 163. Señala la Corte Constitucional que "[la] justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a los nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización." Ver sentencia T-505 de agosto 28 de 1992, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹⁹ "Supuesto es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas en la norma. [...] Las consecuencias son el "nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones". Es en este segundo elemento donde se aplica la coercibilidad". VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica...*, Op. Cit. p. 218.

³⁰⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 220.

³⁰¹ "Quepa, por último, advertir, que compete al aplicador jurídico –funcionario administrativo o jurisdiccional– deducir las consecuencias propias de los principios. Al fin y a la postre, es el juez o el administrador el destinatario último de las normas jurídicas cuando su primero o primeros destinatarios no las observan de grado o voluntariamente". *Ibíd.* p. 221.

³⁰² *Ibíd.*, p. 225.

³⁰³ Afirma Cabanillas Gallas que "los principios generales cualquiera sea su origen resultan el instrumento para que permita la presencia en el mundo del derecho de unos criterios de valor, naturales o sociales, reales o simplemente "objetivos", que actúan de estímulo, de límite, de

equidad,³⁰⁴ el bien común, el interés público o social, el orden público y las buenas costumbres.³⁰⁵

Los principios están presentes en las relaciones intersubjetivas, oxigenan el derecho.³⁰⁶ En palabras del profesor Estrada, “[...] brindan juicio de razón sobre la justeza o no del contenido positivo de la norma jurídica”;³⁰⁷ así, constituyen parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, ya sea mediante demanda de inconstitucionalidad o por vía de inaplicación de la norma, es decir, por excepción de inconstitucionalidad argumentada por el operador judicial o el administrativo, o mediante la acción de tutela, caso este último en el que se discute la violación de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso. En este sentido, “[...] es posible advertir que los principios fungen de normas materialmente constitucionales que limitan el ejercicio del poder...”³⁰⁸, esto es, se constituyen en contrapesos o

orientación y de justificación de todo el Derecho positivo”. CABANILLAS GALLAS, Pio. Consideraciones sobre los principios generales del Derecho. Citado por ESTRADA VÉLEZ, Los principios..., Op. Cit., p. 57.

³⁰⁴ Con relación a la equidad, expresa Ramírez Gómez que “[en] el evento de los casos difíciles, dentro del marco general de los valores constitucionalmente reconocidos, el juez debe identificar y descubrir los principios que se exigen como adecuados, en cuanto ofrecen criterios para la solución del problema. Es aquí donde la equidad se expone como un principio sin igual de justicia, por ser el único que le permite al juez la reelaboración de la norma para aplicarla al caso concreto, viene operando como patrón hermenéutico, o como elemento de integración, o como herramienta para superar la injusticia de la hipótesis abstracta. Es a través de este principio como se puede lograr una aproximación a la justicia material, o por contera superar concepciones y escuelas jurídicas que entraron en crisis desde la década de los cuarenta”. RAMÍREZ GÓMEZ, Principios..., Op. Cit., p. 40.

³⁰⁵ “Desde su taxatividad, los principios son normas en cuya observancia se comprometen el interés general, el orden público y las buenas costumbres. Ello es lo contrario del derecho dispositivo, en donde solo se ha de tener en cuenta el interés particular y no se compromete el bien común y las buenas costumbres”. ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 167.

³⁰⁶ A la utilización de los principios generales del derecho se le ha dado una alta importancia actualmente, debido a que son considerados como “órganos respiratorios del Derecho, o ventanas que permiten que los códigos centenarios reciban aire fresco de la vida [...] permiten refrescar las viejas normas con nuevos significados que reflejen las también nuevas necesidades sociales, para sí darle satisfacción”. LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, La doctrina..., Op. Cit., p. 38.

³⁰⁷ ESTRADA VÉLEZ, Los principios..., Op. Cit., p. 54.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 76.

limitaciones al ejercicio del poder.³⁰⁹

Los principios son permanentes mientras se les tenga como principios, no admiten excepciones ni contrarios, exigen su observancia permanente y no admiten excepciones, es por esto que no existen principios buenos o malos, en los procesos no cabe un supuesto “principio” de deslealtad o de parcialidad del juez.³¹⁰ Sobre el tema se volverá más adelante.

El profesor Ramírez Gómez, formula la siguiente definición de principio:

Bien pudieran definirse los principios como normas fundamentales del ordenamiento jurídico, por ser constitutivas de sus “fundamentos esenciales” y corresponder a “los valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad”, de donde son descubiertos por los juristas (vía doctrinal) o por los órganos estatales (vía legal o jurisprudencial) para crear, interpretar e integrar el ordenamiento”. En otras palabras, pudiéramos definirlos como normas generales que expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico y permiten su sistematización.³¹¹

A su vez, concluye Acosta Gómez, con fundamento en lo expresado por el profesor Valencia Restrepo respecto a la naturaleza de los principios jurídicos, que:

1) Los principios son un punto de unión entre la naturaleza científica o estrictamente jurídica del derecho y su naturaleza filosófica. 2) Que por su naturaleza jurídica, los principios son **NORMAS**

³⁰⁹ “El estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, **de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política**”. (N. F. de T.) Corte Constitucional, Sentencia T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

³¹⁰ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho procesal civil colombiano, Parte Gral. Tomo I. 7ª Ed. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 1997. p. 50.

³¹¹ RAMÍREZ GÓMEZ, Principios..., Op. Cit., p. 32.

FUNDAMENTALES³¹² – TAXATIVAS. 3) Por su naturaleza filosófica los principios son NORMAS UNIVERSALES - TÓPICAS - AXIOLÓGICAS. 4) Que los principios se obtienen por el método inductivo (normas explícitamente positivas), intuición emotiva y sentido común (normas implícitamente positivas) y que se aplican por deducción.³¹³

El profesor Luis Alonso Rico Puerta, resalta la importancia de los principios en una sociedad como base axiológica de la misma, cuya existencia, aunque implícita, no niega el consenso general sobre su vigencia, además señala que los principios no dependen de su consagración positiva para su existencia³¹⁴, “[...] por ser la base fundamental de la vida comunitaria, las reglas nutricias del orden, de la cooperación, la solidaridad, de la paz y de la justicia³¹⁵, todo esto resumido en los tres atributos de “anterioridad, independencia y supremacía del origen no positivo de los principios con respecto a su origen positivo”.³¹⁶

Afirma Rico Puerta que “[c]uando la norma consulta el principio, se obtiene no solo validez, eficacia, sino también legitimidad, en tanto se ausculta en la realidad y se dota al operador de instrumentos principales para transformarla, lo que hace que

³¹² Señala la Corte Constitucional en la sentencia C-561 de 1992, que “[los] principios y valores identifican el modelo jurídico-político contenido en la Constitución, desarrolla un orden ético de valores materiales, y de estos sobresalen los valores de justicia, dignidad humana, igualdad y libertad, que imponen a las autoridades públicas, y en especial al juez, la tarea de la realización y efectividad de tales valores, lo cual coloca al hombre por encima de las instituciones, del Estado al servicio de la persona y no la persona al servicio del Estado, el fin y la razón del aparato estatal, de su estructura orgánica, es el hombre como sujeto de derechos”. En semejantes términos se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992 al decir que: “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.

³¹³ ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 169.

³¹⁴ Cfr. RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Medellín: Editorial Conlibros y CIA. Ltda., 2006. p. 134.

³¹⁵ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Medellín: Editorial Conlibros y CIA. Ltda., 2006. p. 134.

³¹⁶ Ibídem.

los principios tienen por finalidad, la realización de los valores fundantes y fundados de ese grupo social y de su sistema jurídico”.³¹⁷

Existen para los profesores López Mesa y Rogel Vide, dos clases de principios: “a) los principios jurídicos derivados de la buena fe, la razón o el buen sentido, que son anteriores a la ley, y que ésta no tiene más remedio que receptor, aunque le pese, porque una ley, que fuera contraria al sentido común o irrazonable, no sería una ley válida”, y “b) los principios generales establecidos por el legislador para un determinado tiempo y lugar, siendo éstos de raigambre normativa y esencia positivista”. Continúan explicando: “[...], pero cuando el ordenamiento positivo “recepta” los primeros, se produce un especie de “novación”, [...] por cuanto al receptorlos, el ordenamiento ha cambiado la fuente razón o fe, por la fuente normativa positiva, provocando una mutación de su esencia jurídica, que pasa a ser *iuspositivista*”.³¹⁸

A manera de conclusión, diremos que los principios jurídicos son verdaderas normas jurídicas, son constitutivas formal y materialmente del ordenamiento jurídico, lo enriquecen axiológica y teleológicamente, sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, establecen un marco general de acción para los operadores jurídicos, por su función inspiradora del ordenamiento desbordan la casuística, el principio prevalece sobre la regla, recreándola y la adecuándola a la realidad, por ser fuente o cantera axiológica tienen vigencia aunque no tengan consagración positiva, y por lo mismo cumplen la función de vasos comunicantes entre el derecho y la moral. Los principios no admiten excepciones ni contrarios. Su sentido y alcance no se definen y entienden en abstracto sino en el caso concreto.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ LÓPEZ MESA y ROGEL VIDE, La doctrina..., Op. Cit., pp. 44-45.

2.2. El derecho por principios

En la época decimonónica, con el paso del Estado absolutista al naciente Estado de derecho, fueron positivizados en la Constitución unos principios de corte iusnaturalista y contractualista,³¹⁹ propios de la ilustración, los cuales adquirirían, por esta razón, categoría de inviolables, lo que significaba un cambio en la concepción que se tenía sobre el Estado y la omnipotencia del legislador, y un paso del ejercicio del poder absoluto al ejercicio del poder limitado y controlado, creándole al Estado la obligación de garantizar al ciudadano titular de unos derechos ya no naturales sino constitucionales, la protección de esos principios.³²⁰

Con el surgimiento del Estado Constitucional el derecho ha tomado un nuevo rumbo. Una novedad importante se da con respecto al culto a la ley, la cual gozaba de supremacía normativa, como expresión de la voluntad general, en el Estado decimonónico de corte legislativo y, “en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema”.³²¹ En la época contemporánea, con el surgimiento del Estado Constitucional, la ley queda “sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.³²²

En los nuevos estados constitucionales democráticos de derecho³²³ se consagró

³¹⁹ Según Ferrajoli “Todos estos principios, afirmados por las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII en forma de derechos o derechos naturales, han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos *fundamentales* que contienen limitaciones o imperativos negativos –o también positivos–, como los expresados por los llamados “derechos sociales” o “materiales”...”. FERRAJOLI, Derecho..., Op. Cit., pp. 355-356.

³²⁰ *Ibid.*, pp. 859-860.

³²¹ Corte Constitucional, sentencia T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

³²² ZAGREBELSKY, El Derecho..., Op. Cit., p. 34.

³²³ La Corte Constitucional ha enseñado que “[el] Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de

la Constitución como norma *normarum*, fundamento formal y material de todo el ordenamiento jurídico, al introducir contenidos vinculantes que informan las demás normas jurídicas y ser posicionada como la norma principio o suprema, que determina la validez pertenencia o existencia de las demás normas jurídicas. La Constitución no solo está destinada a normar la estructura fundamental del Estado sino a reglar los valores que aspira a realizar.³²⁴

Para garantizar su supremacía, se formalizaron procedimientos difusos y concentrados de control de constitucionalidad y se constituyó un máximo Tribunal Constitucional como órgano de cierre de las controversias sobre derechos fundamentales y encargado, a su vez, de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución,³²⁵ otorgando carácter normativo a su doctrina constitucional³²⁶ a título de precedente vinculante.³²⁷

La Constitución como norma *normarum* adquiere la distinción de norma principio, o principio general, que condiciona todo el derecho, que constitucionaliza todo el ordenamiento, que “[...] Vincula a autoridades y ciudadanos por igual (artículo 4° y 6° Constitución Política)”,³²⁸ que obliga a todo operador jurídico a tenerla como

democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Sentencia T-406 de 1992.

³²⁴ Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, Principios..., Op. Cit., pp. 110-112.

³²⁵ Ver artículo 241 de la Constitución Política.

³²⁶ Artículo 243 de la Constitución Política. “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

³²⁷ Al respecto señala Diego López que “[...] un precedente, por tanto, es una decisión judicial que contiene en sí un principio. El principio subyacente que forma así su elemento obligatorio es frecuentemente denominado *ratio decidendi*. La decisión concreta es obligatoria entre las partes, pero únicamente la *ratio decidendi* abstracta tiene fuerza como derecho obligatorio para todo el mundo en general”. SALMOND, John. Jurisprudence (7ª edición, 1924), p. 201: Citado por LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A., 2006. p. 234. Continúa: “La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias.” *Ibíd.*, p. 109.

³²⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, Principios..., Op. Cit., p. 112.

primera fuente, directa e inmediata, en su ejercicio de creación e interpretación de las normas jurídicas e integración del ordenamiento jurídico.

2.3. Los principios jurídicos y las reglas jurídicas

Ronald Dworkin, para hacer la distinción de los principios y de las normas,³²⁹ utiliza como ejemplo el caso Riggs Vs. Palmer ocurrido en EEUU en 1889, en donde el Tribunal de Apelaciones de Nueva York condenó por asesinato a un nieto que había asesinado a su abuelo para obtener una herencia. La Corte, además de la condena penal, lo privó de la herencia.

La Corte de Nueva York dilucidó si era posible negarle el derecho a heredar al parricida, a pesar de la existencia de un contrato testamentario válido y de que la ley no establecía la prohibición o excepción para heredar en ese caso concreto. La Corte consideró que si bien literalmente la ley no lo prohibía, existía un principio jurídico por el cual a nadie le estaba permitido aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, y con este razonamiento el Tribunal decidió negarle el derecho al heredero, creando una nueva excepción jurisprudencial en materia testamentaria, justificado con un principio jurídico que, como máxima general y fundamental del *common law*, controla en su operación tanto a las leyes como a los contratos.³³⁰

³²⁹ Ronald Dworkin emplea el vocablo normas para referirse a las reglas, sin desconocer en su análisis el carácter normativo de los principios.

³³⁰ Señala Dworkin: “El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el tribunal continuaba señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 6ª Reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2007. p. 73.

Dworkin, en su libro “Los derechos en serio” se propone demostrar, al contrario de lo sostenido por el positivismo jurídico, que en el sistema normativo, en especial cuando se trata de resolver casos difíciles, existen estándares que no funcionan como las normas y que operan de una manera diferente a éstas, los que identifica como principios y directrices políticas. Argumenta “que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas”, sosteniendo que “su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas”.³³¹ Nuestro autor, elabora la distinción conceptual entre directrices políticas y principios de la siguiente forma:

Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad [...]. Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.³³²

A su vez, señala la diferencia entre los principios y las normas. Para Dworkin las normas son disyuntivas, es decir, “Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de aplicación. El contenido material del principio –su peso específico– es el que determina cuándo se debe aplicar a una situación determinada”. Continúa: “Los principios –además– informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante”.³³³

³³¹ *Ibíd.*, p. 72.

³³² *Ibíd.*

³³³ CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo. En: DWORKIN, Los derechos..., Op. Cit., p. 9. Estas ideas sobre las diferencias conceptuales entre principio y regla las desarrolla Dworkin de manera más amplia en las páginas 74 a 78.

Por esta misma línea explica Zagrebelsky que el derecho actual lo conforman las normas regla y las normas principio³³⁴, aclarando que esta concepción del derecho no siempre fue así, ya que luego de finalizada la segunda guerra mundial las nuevas constituciones europeas³³⁵ consagraron las normas principio, lo que generó en sus inicios críticas desde el positivismo jurídico, debido a que éstos contenían “[...] fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento...”³³⁶

Además de lo anterior, el positivismo jurídico rechazaba los principios por considerarlos de destructiva influencia. En palabras de Zagrebelsky

Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos en la Constitución no son, desde luego derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por lo tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia –como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo– su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para

³³⁴ Explica nuestro autor: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. ZAGREBELSKY, *El Derecho...*, Op. Cit., pp. 109-110.

³³⁵ “En la asamblea constituyente italiana y en el *Parlamentarischer Rat* de la República Federal Alemana se desarrolló un debate sobre la naturaleza de las normas constitucionales de excepcional importancia para la teoría actual de la Constitución y del derecho. Más o menos explícitamente, la cuestión implicada era nada menos que la validez de las concepciones tradicionales del positivismo jurídico en el nuevo contexto constitucional. En Italia se vencieron las objeciones a las normas de principio y prevaleció claramente la posición favorable a las mismas; en Alemania ocurrió lo contrario aunque al final fórmulas como la de “Estado social de derecho” o principios como el de “dignidad humana” terminaron por introducir lo que se había querido excluir. Esto demuestra que cláusulas de este tipo representan una tendencia de fondo del constitucionalismo actual, confirmada por las más recientes Constituciones europeas.” *Ibid.*, p. 113.

³³⁶ *Ibid.*, pp. 109-110.

la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones.³³⁷

En este orden de ideas, nuestro autor explica que los principios a diferencia de las reglas cumplen un papel constituyente o fundante de una sociedad, señalando que la distinción más importante entre reglas y principios estriba en las diferentes formas en que son interpretados, dado su contenido, estructura y significación lingüística. Veamos:

En primer lugar, solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo del orden jurídico". Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Solo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas "de principio" son a menudo expresiones un tanto banales, "producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano", pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que "interpretadas" a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas "se obedece" y por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen reglas; a los principios, en cambio, "se presta adhesión" y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.³³⁸

³³⁷ *Ibíd.*, p. 114.

³³⁸ *Ibíd.*, p. 110.

Sobre este punto la Corte Constitucional³³⁹ también ha hecho su aporte diferenciador en las normas principios y las normas reglas, al explicar que los principios se diferencian de las reglas en cuanto al grado de vinculación y eficacia jurídica que tienen, demostrando la supremacía de los principios al ser normas de organización, unificación o estructuración de las instituciones jurídicas “que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia”. Al respecto dijo:

En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre reglas y principios, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras las reglas son normas que “ordenan una consecuencia jurídica definitiva”, los principios son mandatos de optimización “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Distinción que ha sido ampliamente aceptada en el constitucionalismo moderno y específicamente en la jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes términos:

“La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran

³³⁹ Corte Constitucional sentencia C-713 de 2008, al efectuar la revisión previa del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, hoy ley 1285 de 2009, que reformó la ley 270 de 1996, o Estatutaria de la Administración de Justicia. Igualmente la Corte en la sentencia C-083 de 1995 hace un importante análisis sobre los principios y las reglas así: “Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: “Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica.” (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: “La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil”. (Subrayas fuera del texto)”.

imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen”.

Finalmente, destacamos el aporte de Robert Alexy quien resalta que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, pero de naturaleza jurídica diferente. Al respecto afirma:

Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que deben ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.³⁴⁰

2.4. La Constitución y los principios jurídicos

En nuestro ordenamiento jurídico los principios jurídicos han sido consagrados con diferentes expresiones, no obstante, no existe una norma que defina explícitamente la naturaleza, sentido y alcance del término principio jurídico. Su significado y alcance se deducen parcialmente por la funcionalidad jurídica atribuida por las normas, así, por ejemplo, el artículo 4° de la ley 153 de 1887 habla de “*los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia*” como criterio hermenéutico; el artículo 8°, ibídem, los denomina “*las reglas generales del derecho*” con una función integradora; el artículo 32 del Código Civil habla del “*espíritu general de la legislación*” con una función interpretativa; los códigos penales han empleado la denominación de “*principios rectores y normas rectoras*”; el Código Contencioso Administrativo en su artículo 3°, los titula “*principios orientadores*”; el Código Laboral habla de “*principios generales*”, y la Constitución en varios artículos habla expresamente los principios como “*generales o*

fundamentales".

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 4°, remite a los "*principios generales del derecho*" como fuente interpretativa e integradora de las normas procesales, y en el artículo 8°, al prescribir el deber del juez de decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, le ordena aplicar de manera subsidiaria las reglas generales de derecho sustancial y procesal.

Existen principios jurídicos que irradian todo el ordenamiento jurídico,³⁴¹ estos son los consagrados en la Constitución,³⁴² a diferencia de los especiales que informan a cada rama del derecho, siendo los primeros de mayor trascendencia e importancia por su generalidad y carga valorativa, por inspirar en un mayor campo de acción o ámbito de aplicación a todas las ramas del derecho ofreciendo una nueva perspectiva argumentativa, para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico y, en este sentido, dotándolo de sistematización y coherencia interna al imponer la armonización de las demás normas jurídicas³⁴³ con los principios y los valores³⁴⁴ fundantes que estos contienen.³⁴⁵

³⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Citado por VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 237.

³⁴¹ "Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados". Sentencia T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

³⁴² Ha expresado la Corte Constitucional que "[la] Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma." Sentencia T-406 de 1992.

³⁴³ No basta que una conducta se realice conforme a un mandato o procedimiento legal, si con ella se vulnera un principio jurídico, en este caso la actuación apoyada en la norma regla pierde juridicidad por la falta de conformidad con el principio que es de rango superior al determinar y condicionar su contenido, sentido y alcance.

³⁴⁴ "Llamamos principios a ciertas normas muy generales que ponen en acción los valores al exhortar a los individuos a comportarse de modo apropiado para generar estados de cosas valiosas o para evitar que ellos se deterioren o desaparezcan". GUIBOURG, Deber..., Op. Cit. p. 99. Prohijamos la posición asumida por la Corte Constitucional en la plurireferenciada sentencia T-406 de 1992, en que la que se explica que la "**diferencia entre principios y valores no es de**

La Constitución Política, que es la norma positiva superior del ordenamiento jurídico, integra de manera expresa un catálogo extenso de principios jurídicos,³⁴⁶ que no son solo aplicables como fuente subsidiaria o auxiliar de la actividad judicial, tal como lo establece el inciso 2º del artículo 230 constitucional,³⁴⁷ sino como fuente principal del ordenamiento jurídico, vinculantes por ser la Constitución la ley de leyes, o mejor, si se prefiere, la norma de normas.

Nuestra Constitución Política, luego de enunciar los valores fundamentales³⁴⁸ en el Preámbulo,³⁴⁹ nomina de manera expresa los principios en varios de sus artículos,

naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia", además de lo expuesto por el profesor Valencia Restrepo con referencia a que los principios en su connotación axiológica son portadores de "valores bilaterales vigentes de la sociedad, y por lo tanto inspiradores del ordenamiento jurídico. Respecto de los principios y valores en un Estado social de derecho, como estándares que guían la interpretación de la Constitución e irradian sus contenidos a todo el ordenamiento jurídico, expresó la Corte Constitucional: "La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir –dentro del marco constitucional– para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud. [...] El Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación, propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público". Ver sentencia T-505 de agosto 28 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴⁵ "Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental". Sentencia T-406 de 1992.

³⁴⁶ El profesor Valencia Restrepo destaca los siguientes: "[...] los artículo 29 (debido proceso), 48 y 49 (eficiencia, universalidad, solidaridad), 83 (buena fe), 95, ordinal 1º (no abuso del derecho), 150, numeral 16, y 226 (equidad, reciprocidad, conveniencia nacional), 209 (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, descentralización, delegación, desconcentración), 247 (equidad), 267, inciso 2º (eficiencia, economía, equidad, valoración de costos ambientales), 288 (coordinación, concurrencia, subsidiaridad), 363 (equidad, eficiencia, progresividad)". VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 312.

³⁴⁷ Indica el profesor Valencia que "[...] De donde se puede deducir sin el mínimo esfuerzo que el prementado artículo 230 constitucional consagra dos (2) veces los principios: en el inciso 1º como parte de la ley o del ordenamiento; y en el inciso 2º, como criterios auxiliar de la actividad judicial." *Ibíd.*, p. 12.

³⁴⁸ Según la Corte Constitucional: "De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc." Sentencia T-406 de 1992.

en algunos de ellos los enuncia y en otros le otorga a la ley esta tarea, aunque en muchos artículos los principios están formulados sin la denominación de principios. De manera expresa llama al Título I “De los **Principios Fundamentales**”, consagrando en diez artículos nuestro vademécum de principios fundantes y señalando expresamente dentro de este acápite, como un fin esencial del Estado, el deber de garantizar la efectividad de los **principios** (art. 2°); y el reconocimiento de los **principios** del derecho internacional aceptados por Colombia (art. 9°). A su vez, el artículo 39 ordena la sujeción a los **principios** democráticos por parte de los sindicatos, organizaciones sociales y gremiales; el artículo 41, habla de fomentar prácticas democráticas para el aprendizaje de los **principios** y valores de la participación ciudadana; el artículo 48, establece los **principios** que rigen la prestación de la seguridad social; el artículo 53, señala los **principios** mínimos que deberá contener el estatuto del trabajo que expida el Congreso; por su parte, el artículo 209, establece los **principios** que deben orientar y desarrollar la función administrativa, sin definir su contenido; el artículo

³⁴⁹ La corte Constitucional ha reconocido el carácter vinculante del preámbulo, al respecto expreso que: “El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. [...] El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. [...] Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. [...] Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución. [...] Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios...”. Corte Constitucional, sentencia C-479 de agosto 6 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

210, establece que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los **principios** que orientan la actividad administrativa; el artículo 288, señala los **principios** bajo los cuales las entidades territoriales ejercen las competencias atribuidas; luego, en el artículo 230, menciona los **principios** generales del derecho; el artículo 353, establece que los **principios** establecidos en el Título XII se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto, y, finalmente, el artículo 363, establece los **principios** del sistema tributario.

Existen otros artículos constitucionales que asignan a la ley la creación y definición de principios, como, por ejemplo, el artículo 189, numeral 16, establece que la modificación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, se sujetará a los **principios** que defina la ley; el artículo 223, remite a la ley el señalamiento de los **principios** que rigen el porte de armas por parte de los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente; el artículo 267, establece que el control fiscal se ejercerá conforme a **principios** que establezca la ley, y el artículo 21 transitorio, por su parte, estableció que las normas legales que desarrollen los **principios** consignados en el artículo 125 de la Constitución serán expedidas por el Congreso dentro del año siguiente a su instalación.

La Constitución consagró de manera expresa el principio sumo de la justicia.³⁵⁰ Así se lee desde el Preámbulo cuando se prescribe el deber de asegurar a sus

³⁵⁰ Explica Reale que “La justicia, valor-fin del Derecho, su fundamento específico, aparece entonces formada por valores que el hombre intuye en la experiencia social y en la suya propia y que, después, la razón reelabora y esclarece a la luz de los hechos de la vida con que la misma vida nos enriquece. Si la justicia es una proporción de hombre a hombre que garantiza a cada uno lo que es suyo (*jus suum cuique tribuere*), la idea de justicia implica asimismo una idea de orden. La justicia, en sentido objetivo (tal como es empleado el término) equivale al propio orden social que la virtud justicia tiende a realizar”. REALE, Miguel. Fundamentos del derecho. Buenos Aires:

integrantes la **justicia** dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social **justo**; a su vez, el artículo 2° señala que son fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden **justo**; el artículo 95, en su numeral 9°, establece como un deber de los ciudadanos el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de **justicia** y equidad; el artículo 116, establece que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces y la justicia penal militar, administran **justicia**, agregando que igualmente administran **justicia** los particulares investidos transitoriamente de tal función; el artículo 133, establece que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la **justicia** y el bien común; el artículo 228, señala que la administración de **justicia** es función pública, y el artículo 229, establece que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de **justicia**.

La positivización³⁵¹ de los principios en la Constitución ha tenido como efecto que la validez jurídica³⁵² de las normas no sea solo formal³⁵³ sino también material.³⁵⁴

Ediciones Depalma, 1976. p. 255. Según Zagrebelsky: "Es propio, en efecto, de cualquier visión iusnaturalista auténtica asumir la tríade: verdadero, justo, obligatorio. A partir del ser (lo verdadero) se llega al deber ser (lo obligatorio). A través del criterio de la justicia." ZAGREBELSKY, El Derecho..., Op. Cit. p. 119. A lo que agrega Valencia Restrepo: "Según el pensamiento iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible porque se asume la justicia como valor. La justicia representa el máximo imperativo o la norma primaria presupuesta de la que deriva cualquier otra normatividad". VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 384.

³⁵¹ "La positivización, pues, es lo que le da forma al derecho, a las normas jurídicas. Percatémonos de que hablar de positivización es lo mismo que hablar de fuentes formales del ordenamiento. VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 419.

³⁵² El profesor Francisco Javier Acosta encuentra en la ley tres clases de validez: la formal, la material y la orgánica, correspondiendo esta última a la competencia (autorización) para los órganos estatales y a la capacidad de las personas particulares, para crear las normas. Cfr. ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 85. Enseña Garzón Valdés que "[se] puede hablar de "validez" de una norma jurídica en un triple sentido: sociológico, jurídico, y ético. El concepto sociológico de validez se refiere a la validez social de una norma, el jurídico, a la validez jurídica y el ético a la validez moral. [...] Una norma jurídica vale socialmente cuando o bien es obedecida o su desobediencia es sancionada (y por lo tanto, en los destinatarios de la norma existe síquicamente la correspondiente disposición a obedecer la norma o a aplicar sanciones); vale jurídicamente cuando ha sido promulgada por un órgano competente de acuerdo con la forma

Luigi Ferrajoli nos refuerza el anterior concepto al plantearnos la diferencia en entre validez formal y validez material, de la siguiente manera:

El equívoco que se esconde tras estas tesis reside en la identificación entre “derecho válido” y “derecho como es”, o si se quiere entre validez y positividad del derecho. Y está ligado a una concepción simplificada de la validez, que aplicada a los modernos estados de derecho resulta en mi opinión inadecuada. Según ésta concepción –que comparte toda la tradición positivista, desde Hobbes y Bentham hasta Kelsen, Hart y Bobbio–, la validez de una norma se identificaría con su existencia jurídica, como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción [...], ahora bien ésta concepción exclusivamente formal de la validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es *legibus solutus*, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las

prescrita (y desde el punto de vista de su contenido no viola un derecho positivo de orden superior); vale moralmente cuando puede ser considerada como éticamente justificada”. VALDÉS GARZÓN, Ernesto. Derecho y Filosofía. 3ª Ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara, 1999. p. 91. Hans Kelsen define la validez jurídica así: “Con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma”. KELSEN, Teoría..., Op. Cit., p. 23. Ronald Dworkin, al hablar de la clasificación de las normas secundarias y, específicamente, de las de reconocimiento que define H.L.A. Hart, explica el concepto de validez de la siguiente manera: “En este sentido usamos el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna secundaria las llamamos normas “válidas.” DWORKIN, Los derechos..., Op. Cit., p. 69. El término validez ha tenido por parte de los iusfilósofos diferentes significaciones, Miguel Reale nos lo describe así: “Lo que Hans Kelsen entiende por *validez* no corresponde, por ejemplo, evidentemente, a lo que Sauer, Stammler o Mayer designan con ese término; para ellos, *validez* sería lo que Kelsen denomina eficacia (*Wirksamkeit*). Ninguno de ambos conceptos, a su vez, coinciden con los de aquellos que consideran la validez desde el punto de vista ético. [...] Es que para algunos la *validez* resulta vista desde el plano de la eficacia real de las normas, en relación a los comportamientos humanos (apreciación sociológica); por otros, en cambio, es analizada con alusión a la moral (apreciación ética), y por otros, por fin, aún no es estudiada sino en su aspecto exclusivamente formal (apreciación jurídica)”. REALE, Fundamentos..., Op. Cit. p. 231.

³⁵³ Algunas precisiones: “Validez formal: la ley sea (sic) creada siguiendo los procedimientos preestablecidos en la Constitución y la ley”. ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 85. “Validez de una norma positiva: Se refiere a su pertenencia a un sistema. Se determina usando el principio de legalidad, que como principio verificador de la validez de una norma –pertenencia– se denomina *principio de jerarquía normativa*”. MARULANDA MARTÍNEZ, Fundamentos..., Op. Cit., p. 234.

³⁵⁴ Algunas precisiones: “Validez material: no basta que sea una norma escrita. Debe ser, además, una norma que contenga valores y la justicia ha de ser el máximo valor por realizar en las relaciones de derecho privado”. ACOSTA GÓMEZ, Filosofía..., Op. Cit., p. 85. “En este orden de ideas es de agregar: son los principios los que confieren el contenido o la materia al derecho, a las normas jurídicas, porque se erigen en las fuentes materiales del ordenamiento”. VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 419

formas queridas por él es una norma válida. Por el contrario, resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas –así de las leyes como de los reglamentos, sentencia y actos administrativo– reside en su conformidad no solo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no solo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo. En estos ordenamientos la validez no depende solo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el “ser” o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el “deber ser” jurídico establecido por las normas superiores.³⁵⁵

La validez de las normas no es como la concibe el positivismo jurídico más radical, por cuanto no basta que la norma inferior, en desarrollo del principio de jerarquía normativa, que es a su vez expresión del principio de legalidad, haya cumplido en su acto de creación con las condiciones predeterminadas para su formación por las normas superiores (validez formal), y que por este hecho se considere ya como una norma perteneciente al ordenamiento jurídico, con fuerza vinculante y obligatoria (norma válida).³⁵⁶

La norma válida, para que sea obligatoria, debe serlo tanto formal como materialmente, debido a que tiene dos fuentes de creación diferentes. Por un lado, está la fuente formal de creación que es la norma superior que impone, forma o determina la existencia y pertenencia de las demás normas al ordenamiento y, por otro lado, está la fuente de creación o fundamento de la norma inferior que se constituye en el contenido axiológico positivizado en la norma superior³⁵⁷ (validez material). Este concepto lleva a plantear un

³⁵⁵ FERRAJOLI, Derecho..., Op. Cit., p. 355.

³⁵⁶ Cfr. MARULANDA MARTÍNEZ, Fundamentos..., Op. Cit., p. 348.

³⁵⁷ Según Marulanda Martínez, “[p]ara el positivismo, por ejemplo, la norma obliga, y se debe obedecer porque existe; y existe porque se puede demostrar, mediante criterios lógicos objetivos, que pertenece a un sistema y que dicho sistema es coercible. [...] Otra corriente distinta a este positivismo radical considerará que fundamentalmente la obligación de la norma reside en su conformidad o no con la plataforma axiológica reconocida y establecida en una norma superior efectivamente creada. Esta explicación es propia de un positivismo matizado, que incluye como

desdoblamiento del principio de legalidad como condición de legitimidad del ejercicio del poder, lo que en palabras de Ferrajoli consistiría en una “legalidad lata” que coincide con la legitimidad formal y una “legalidad estricta” que coincide con la legitimidad sustancial.³⁵⁸

A su vez, la norma así creada, válida tanto formal como materialmente, transmite validez jurídica a los actos jurídicos que con fundamento en ella se perfeccionen y, en consecuencia, el acto produce plenos efectos jurídicos. La norma al estar fundamentada formal y materialmente, le otorga a los actos jurídicos plena estabilidad jurídica al haberse producido conforme a unos elementos, condiciones, formalidades o requisitos esenciales para su validez y existencia, y por su conformidad con los principios y valores que irradian desde la Constitución a todas las demás normas del ordenamiento. La sanción que recibe el acto jurídico por los vicios jurídicos en su formación, es la invalidez, la nulidad o la inexistencia del acto, y por contrariar los principios y valores, es la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad, además, los principios por ser de aplicación directa, dado su carácter de fundamentalidad, admiten la acción de tutela.³⁵⁹

A manera de conclusión sobre la temática de los principios jurídicos como fuente de validez material del derecho, como fundamento “último” y “absoluto” del derecho, válidos en sí mismos y sin condicionamientos de ninguna especie, el profesor Mantilla Pineda nos precisa lo siguiente:

criterio determinante de la obligatoriedad los contenidos axiológicos superiores formalmente positivizados.” *Ibidem*.

³⁵⁸ “El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido”. FERRAJOLI, Derecho..., Op. Cit., p. 857.

³⁵⁹ Al respecto, Ramírez Gómez señala: “Como en su mayoría, per se constituyen derechos fundamentales, respecto de ellos obra como mecanismo de protección la acción de tutela (art. 86 C.P.). Ahora, aquellos que en sí mismo no tuvieran la naturaleza de derecho fundamental,

El derecho positivo formalmente válido es el arma más poderosa que puede usarse en pro o en contra de los intereses de los ciudadanos, de las minorías o de la comunidad política. Usada en contra, si el interés es un bien, choca con los principios y valores objetivos de aceptación universal. Una norma formalmente válida, puede ser materialmente no válida. Supongamos, como de hecho ocurre en los regímenes despóticos, que una norma disponga la censura de prensa caprichosamente. La norma en este caso tiene validez formal, pero carece de validez material, porque choca con el principio de aceptación universal de libertad de información. La validez formal no es justificación suficiente del derecho. El derecho formalmente válido requiere de un fundamento último y absoluto, algo valioso en sí mismo que esté por encima de los vaivenes humanos y de las luchas ideológicas de los partidos políticos o de las meras facciones impulsadas por intereses mezquinos. A la validez fundada en los valores, llamamos validez material en oposición a la validez formal fundada en la mera imposición de la norma.³⁶⁰

2.5. Definición de principio jurídico procesal³⁶¹

Alfredo Rocco sostiene que “[...] ninguna otra rama del derecho está quizás tan dominada por principios generalísimos como la del derecho procesal. El estudio de estos principios es una exigencia cotidiana de la interpretación de las leyes procesales...”³⁶²

José Luis Blanco Gómez³⁶³ expresa que en la doctrina no hay unanimidad en cuanto al nombre exacto, el número exacto y lo que debe entenderse por principios procesales, según sus palabras

alcanzarían esa misma protección en conexión con aquellos que si cuentan con ese amparo directo.” RAMÍREZ GÓMEZ, Principios..., Op. Cit., p. 101.

³⁶⁰ MANTILLA PINEDA, Filosofía..., Op. Cit. p. 114.

³⁶¹ Incluimos las definiciones sobre el término principio jurídico procesal, por ser el derecho procesal nuestro objeto de estudio en el campo específico del principio de moralidad procesal.

³⁶² ROCCO, Alfredo. La sentencia civil, interpretación de las leyes procesales. Citado por BLANCO GÓMEZ, José Luis. Sistema dispositivo y prueba de oficio. 2ª Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1994. pp. 32-33.

³⁶³ BLANCO GÓMEZ, Sistema..., Op. Cit. pp. 26-27.

En efecto, según PEYRANO –en magnífico trabajo sobre esta materia– para MILLAR son *principios formativos*; PODETTI prefiere *líneas directrices*; PALACIO opta por *principios procesales*, y el autor primeramente citado los llama *principios generales del proceso civil*.³⁶⁴ Entre nuestros procesalistas predomina el nombre de *principio procesal*, salvo tres excepciones: el profesor DEVIS ECHANDIA habla de *principios fundamentales del procedimiento*,³⁶⁵ AZULA CAMACHO se refiere a los *principios de procedimiento*,³⁶⁶ y CARDONA GALEANO los denomina *principios estructurales del proceso civil*³⁶⁷.

Sobre la noción de principio procesal, encontramos en el libro Sistema dispositivo y prueba de oficio de Blanco Gómez³⁶⁸ las siguientes:

[...] hallamos al profesor MORALES MOLINA, para quien “...son orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento procesal”³⁶⁹. AZULA CAMACHO, por su parte, estima que son “...los criterios aplicables al procedimiento y que en muchos de sus aspectos constituyen postulados del proceso...”³⁷⁰. PALACIO considera que son “...las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal”³⁷¹. ARAZI anota que son las “...directivas generales en las que se inspira un ordenamiento procesal”³⁷² y AFTALIÓN y VILANOVA, finalmente, ensayan esta definición: “...las directivas o líneas matrices dentro de las cuales se desenvuelven las instituciones del proceso. A tenor de ellos [sic] es posible caracterizar a grandes rasgos un procedimiento determinado, de acuerdo con la ley que lo rige y la práctica

³⁶⁴ PEYRANO, Jorge W. El proceso civil: principios y fundamentos. Buenos Aires: Astrea, 1978. pp. 5-6. Cita del autor.

³⁶⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal: teoría general del proceso, Tomo I. 3ª Ed. Bogotá: A.B.C., 1972. p. 35. Cita del autor.

³⁶⁶ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal: teoría general del proceso. Bogotá: Derecho y ley, 1979. p. 60. Cita del autor.

³⁶⁷ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Manual de derecho procesal civil. Medellín: Colección Universidad, 1986. pp. 33-34. Cita del autor.

³⁶⁸ BLANCO GÓMEZ, Sistema..., Op. Cit. pp. 28-29.

³⁶⁹ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil: parte general. 6ª Ed. Bogotá, A.B.C., 1973. p. 177. Cita del autor.

³⁷⁰ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal: teoría general del proceso. Bogotá: Derecho y ley, 1979. p. 60. Cita del autor.

³⁷¹ PALACIO, Lino Enrique. Manual de derecho procesal civil. Tomo I. 4ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. p. 70. Cita del autor.

³⁷² ARAZI, Roland. Elementos de derecho procesal. Buenos Aires, Astrea, 1988. p. 111. Cita del autor.

tribunalicia”³⁷³.

Nuestro autor concluye que los cuatro conceptos concuerdan en vocablos similares como orientaciones, criterios y directivas, pero que estas definiciones son “insatisfactorias”, aunque juzga acertada la de Aftalión y Vilanova, presentado su definición en los siguientes términos: “A nuestro juicio, los principios procesales son aquellos enunciados normativos de particulares extremos de lo fundamental del ordenamiento procesal, que lo personifican y cumplen diversas funciones, como la de preservar de incoherencias a los códigos y la de ser medios inestimables para desentrañar el sentido de los pasajes oscuros o dudosos de los preceptos instrumentales”.³⁷⁴

En un trabajo de reciente factura, María del Socorro Rueda expresa frente a los principios procesales:

[...] son máximas o reglas que dan forma, estructuran o limitan las diferentes fases del proceso, de manera tal que se logre el reconocimiento de derechos consagrados en la norma sustantiva. [...] los principios procesales pueden concebirse como criterios orientadores que regulan las diferentes actuaciones que integran el procedimiento. Dentro del contexto del derecho argentino, Vescovi, Gozaini y Peyrano han venido incluyendo el principio del abuso del derecho en el proceso, como una derivación del principio de moralidad, relacionándolo con los deberes procesales de contenido ético que debe salvaguardar el juez y las partes y que se enmarcan en el proceso en la lealtad, probidad y buena fe”.³⁷⁵

El profesor Agudelo Ramírez afirma que

[...] los principios del derecho procesal son auténticas normas creadoras de derecho instrumental y orientadoras de política

³⁷³ AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al derecho. Tomo I. 12ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. p. 1044. Cita del autor.

³⁷⁴ BLANCO GÓMEZ, Sistema..., Op. Cit. p. 30.

³⁷⁵ RUEDA F., María del Socorro. Fundamentos del derecho procesal colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Señal Editora, 2008. pp. 112-114.

procesal. Permiten dirigir u orientar los procesos de creación, modificación y derogación de las normas procesales, toda vez que orientan la actividad legislativa procesal y, adicionalmente, informan a los sujetos procesales cómo deben ajustar la actividad procesal a unas pautas valorativas. Es así como las funciones principales permitirán la autoregulación del derecho procesal. Los principios una vez formulados desempeñarán distintas funciones en el proceso de creación y aplicación del derecho procesal, contribuyendo adicionalmente a dotar de sentido la normatividad instrumental existente”.³⁷⁶

3. PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL COMO LÍMITE A LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ EN RELACIÓN CON LA PRUEBA DE OFICIO EN UN DEBIDO PROCESO

Una vez establecido este marco conceptual de identificación del principio de moralidad procesal (buena fe procesal) en el contexto del derecho, la investigación pasa a su etapa de análisis de la función jurisdiccional en el Estado social de derecho, en donde el juez desempeña un rol sustancial en la realización de los valores y los principios establecidos en la Constitución y está sometido a un control de legalidad en su actuar, que fija claros límites al deber-poder oficioso probatorio.

3.1. El principio de moralidad aplicado al derecho procesal

Estudiar el principio de moralidad aplicado al derecho procesal involucra desentrañar la utilidad, la función y las finalidades de unos preceptos morales incorporados por el derecho vigente mediante enunciados jurídico-normativos positivos o negativos que prohíben conductas contrarias a la moral,³⁷⁷ y que estén

³⁷⁶ AGUDELO RAMIREZ, Filosofía..., Op. Cit. p. 96.

³⁷⁷ En el ordenamiento jurídico se encuentra una gran variedad de conceptos morales integrados en las normas jurídicas, ya sea en forma de enunciados positivos o negativos, que prohíben conductas contrarias a la moral. Partiendo principalmente de los consagrados en la Constitución y en la ley, solo a manera de ejemplo citamos unos pocos: el principio de justicia, la equidad, la

cargados de juridicidad o vinculante obligatoriedad con la finalidad de asegurar los principios y los valores sociales que integran el ordenamiento jurídico en su conjunto,³⁷⁸ adquiriendo por esta connotación la denominación de norma *ética a parte obiecti*.³⁷⁹

Para abordar correctamente el análisis del principio de moralidad aplicado al derecho procesal, en especial su funcionalidad y aplicabilidad desde los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, es necesario ubicar

moralidad, la buena fe, la intimidad, la honra, la dignidad humana, el abuso del derecho, la objeción de conciencia, la obediencia debida, la promesa incondicional de pagar una suma de dinero (pagaré), el juramento estimatorio, la declaración de parte, el testimonio o declaración jurada, la verdad sabida y buena fe guardada, la demanda presentada bajo juramento, la injuria, el deber de socorro, las libertades y los códigos de ética que rigen las profesiones liberales; las prescripciones morales consagradas en el "Estatuto Contractual" de la ley 80 de 1993, que prescribe de manera expresa la vigencia del "imperio de la moralidad y honestidad en la administración pública (art. 63), "Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por [...] los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia" (art. 26, num. 4), etc. El acto moral del juramento tiene una amplia aplicación en el campo del derecho procesal, en especial en la prueba testimonial, atinente a las declaraciones rendidas por terceros, bajo esta condición, para el catolicismo jurar significa "poner a Dios como testigo de que es verdadero lo que se dice o se promete" (Catecismo del Padre Gaspar Astete, Editorial Bedut Medellín, p. 25.); según la Corte Constitucional, en la sentencia T-547 de noviembre 26 de 1993, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, "[...] por juramento no debe entenderse la fórmula o el rito, sino el compromiso, la afirmación, la promesa, el protesto, la certificación, la afirmación, la palabra, el voto, el honor, el homenaje, el testimonio, que se realice en forma expresa o tácita que implique la convicción íntima de manifestar la verdad. Por tanto, debe entenderse que se parte del principio de la buena fe y que lo manifestado corresponde a la verdad, de lo contrario, la persona que ha comprometido su palabra y lo expresado en sus términos no corresponde a la verdad, deberá responder penalmente".

³⁷⁸ Una justificación para que estos preceptos morales sean positivizados por el derecho, nos la da Francisco Laporta al decir que "La noción de "exigencia moral", por el contrario, parece tender a expresar aquellas áreas de la ética cuya importancia como mínimos de convivencia es tal que su garantía coactiva está justificada, quizás porque, aunque el sujeto coaccionado pierda su mérito moral por el mero hecho de obrar motivado por la amenaza de la sanción, los bienes o necesidades básicas de otros individuos que se trata de proteger mediante esa sanción, son de tal importancia moral que se superponen a otro tipo de consideraciones. Éste me parece ser un principio válido para valorar la legalización de pautas morales. [...] Si partimos de la base de que una conducta coaccionada *no puede ser* una conducta moral, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la justificación moral de una amenaza jurídica de coacción está, no en la moralización de tal conducta, sino en la protección de bienes y valores que pueden verse afectados negativamente por ella." LAPORTA, Entre..., Op. Cit., pp. 103-104.

³⁷⁹ Explica Valencia Restrepo, que "[si] el principio ético deja el cumplimiento de la norma al arbitrio del sujeto activo, tenemos la *ética a parte subiecti*. Pero si el cumplimiento no queda al albedrío del sujeto activo, estamos en presencia de la *ética a parte obiecti*. En el primer caso, se tiene la *ética subjetiva o moral*. En el segundo, la *ética objetiva o Derecho*. VALENCIA RESTREPO, Nomoárquica..., Op. Cit. p. 259. En igual sentido PINEDA, Filosofía..., Op. Cit., pp. 117-118.

dicho principio en el contexto del derecho constitucional y legal.

Desde el derecho constitucional es posible saber cómo permea e informa el principio de moralidad o de buena fe el derecho procesal, imponiéndole deberes especiales al sujeto directivo del proceso: el juez. Así tenemos que conforme a la Constitución Política de 1991, el juez ya no es la boca que pronuncia las palabras de la ley, hoy es una autoridad que defiende valores, principios y derechos, y que se encuentra comprometido con los fines esenciales del Estado, entre ellos, los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.³⁸⁰

La vigencia de los valores legitima la decisión judicial coercible e irrevocable.³⁸¹ El

³⁸⁰ Para la Corte Constitucional la justicia material, dentro de un Estado constitucional democrático, significa una nueva manera de interpretar el Derecho que conlleva una mayor preocupación por el “[...] logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...”, que prevalece ante la “[...] importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular...” (sentencia T- 406 de 1992). “[...] El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y Derechos constitucionales [...] Dentro de un Estado social de derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia material” (sentencia T-429 de 1994), no obstante, indica la Corte que éste principio no tiene una prevalencia absoluta, ya que no puede desconocer “[...] toda formalidad en beneficio de las consideraciones fácticas”, por lo que su aplicación requiere un “[...] sopesamiento con otros principios y reglas...” (sentencia T-058 de 1995). La Corte en sentencia T-058 de 1997, afirmó que el Estado en cumplimiento de sus deberes sociales asegura “[...] unas condiciones mínimas de justicia material a sus miembros...”, igualmente, señaló sobre la colisión entre los principios de justicia material y cosa juzgada que “[a] pesar de la importancia de la cosa juzgada, es claro que esa figura no puede ser absoluta pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto. Para ello basta suponer la existencia de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pero contiene una clara injusticia. [...] Es posible entonces establecer limitaciones al Derecho al *non bis in ídem* a fin de desarrollar otros valores y Derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los Derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el *non bis in ídem*, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado...”.

³⁸¹ Al respecto señala el profesor Rico Puerta: “Compartimos con Serra su definición según la cual la jurisdicción es la determinación irrevocable del Derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica. Pero agregamos a ella el carácter general, permanente, exclusivo o privativo, único, independiente, gratuito, de orden público y de Derecho público, a cargo del Estado, extraterritorial, con unidades territoriales judiciales y generadoras de responsabilidad para

orden jurídico tiene como finalidad la realización de valores y principios constitucionales y su inobservancia pone en riesgo todo el sistema social, lo que justifica la intervención del Estado mediante la función jurisdiccional, “[así] entonces, la jurisdicción tiene por finalidad la materialización de los valores de orden, seguridad, paz, solidaridad, poder y justicia, valiéndose para ello del proceso”.³⁸²

Es a partir de la vigencia y realización de los valores y principios constitucionales, de naturaleza sustancial y procesal, que se rompe la neutralidad del juez, toda vez que éste no puede ser indiferente frente a las directrices más caras del ordenamiento jurídico que lo atan en su función materializadora del derecho, entre las cuales se destacan el respeto a la dignidad humana, el libre acceso a la administración de justicia (derecho de acción), la garantía del debido proceso, el derecho de defensa, la imparcialidad, la igualdad procesal, la celeridad procesal, la prevalencia del derecho sustancial,³⁸³ el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales, la realización de la justicia material, el derecho a una decisión uniforme como reflejo del derecho de igualdad, la vigencia del principio de moralidad procesal (buena fe procesal), etc.

La Corte Constitucional al definir el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho, ha destacado la importancia que cobran los hechos sociales en la función hermenéutica, donde prevalece la sustancia sobre la formalidad. Al respecto ha afirmado:

quienes la ejercen. [...] Entendemos por determinación irrevocable del Derecho, la vigencia constante de los valores jurídicos que están positivizados en abstracto en el Derecho objetivo, y materializados en el Derecho subjetivo, lo cual se logra mediante la decisión jurisdiccional con efectos de cosa juzgada. RICO PUERTA, Teoría..., Op. Cit. pp. 356-357.

³⁸² *Ibíd.*, p. 358.

³⁸³ Según López Medina, “El principio de prevalencia del Derecho sustancial es una de las características clásicas de la dirección material del proceso (y de la inquisición probatoria oficiosa)...”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección del proceso.

Una de las funciones del juez dentro del Estado Social de Derecho, consiste en interpretar, dentro del marco de los principios que rigen éste, los actos y conductas de los individuos a efectos de cumplir en forma cabal su función y dar prevalencia al principio de justicia, que no puede quedar desplazado por el culto a las formas, desconociendo los derechos y garantías reconocidas a las personas. El deber del juez, no puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado clásico de Derecho, pues es un juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea, que no es otra que la realización de los derechos de los individuos. En tratándose del juez constitucional, éste no puede dejar de lado su función de guardar la integridad del texto constitucional, so pretexto de la inobservancia de requisitos que si bien son esenciales para el ejercicio de un Derecho determinado, están implícitos en la actuación que ante él se adelanta.³⁸⁴

El principio de moralidad llevado al campo del proceso jurisdiccional, se traduce en la lealtad procesal que debe permear las actuaciones de todos los sujetos que intervienen en el proceso. En el caso del juez, el numeral 2º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, señala como uno de sus deberes: "Desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo". En el caso de las partes y sus apoderados, lo que se hace extensivo a los terceros intervinientes, el artículo 71 del Código de procedimiento civil que establece un catálogo de deberes, exige que asuman un comportamiento acorde con los postulados de la buena fe, la lealtad procesal y la probidad para la consecución de la verdad.³⁸⁵

Bogotá: Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. p. 131.

³⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000.

³⁸⁵ "Lo cierto es que, desde el ámbito procesal, cuando se habla de la verdad "histórica" o "material", a la que se llamará simplemente "verdad", inmediatamente se piensa en la ocurrencia de ese suceso modificativo de la realidad vivenciada por los sujetos de derecho vinculados, y que por tanto, solo ellos conocen con certeza, al igual que sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, cuyo escenario propio, es el mundo fenomenológico en el que se encuentran y desencuentran los hombres en sus múltiples relaciones; mientras que, cuando se referencia el concepto de verdad "procesal" o "formal", se viene a la mente ese trozo de realidad reconstruido en el proceso con ayuda de los diferentes instrumentos probatorios (siendo su escenario natural el proceso), y que tiene como espectadores al juez y a los sujetos activo y pasivo, pues son ellos quienes están

El principio de moralidad aplicado al campo del derecho procesal, puede ser definido como el conjunto de reglas de conducta cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado, “precedidas por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba)”.³⁸⁶

En este orden de ideas, el principio de moralidad procesal es el guardián de las conductas procesales, fomentando las actuaciones limpias y transparentes y proscribiendo la mala fe, la deshonestidad, la colusión, el engaño, la falsedad, los actos torticeros, que no son instrumentos válidos para ganar el proceso.

Afirma Clemente A. Díaz³⁸⁷ que “la buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad, son predicados que se involucran en el principio de moralidad y tienen que estructurarse como concreciones positivas de la legislación en una política de moralización del derecho procesal”. Y continúa, “mediante el principio de moralidad se proscriben en el proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y la inmoralidad, que no son instrumentos apropiados para ganar pleitos, y aunque la sola infracción al principio no haga perder de pleno derecho el pleito, puede acarrear serias molestias al infractor”.

Para Hernán Fabio López Blanco³⁸⁸ el llamado principio de la moralidad (principio de lealtad procesal)³⁸⁹ tiene como finalidad hacer posible el descubrimiento de la

expectantes de los hechos que vayan develando las pruebas practicadas.” LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia procesal. Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, 2006. p. 135.

³⁸⁶ QUINTERO y PRIETO, Teoría..., Op. Cit., p. 110.

³⁸⁷ DÍAZ, Instituciones..., Op. Cit., p. 264.

³⁸⁸ LÓPEZ, Instituciones..., Op. Cit., p. 69.

³⁸⁹ “Quiere, pues, este principio de la lealtad, terminar con las actuaciones profesionales indecorosas, tales como el entramamiento de los procesos, la dilatación de estos, las artimañas tinterillescas, en fin, con toda esa gama de actuaciones dudosas que tanto daño causa a la administración de justicia [...] Frente a estos casos de actuaciones desleales o, por lo menos, indelicadas de los abogados y los propios jueces, los funcionarios encargados de administrar justicia tienen todos los medios posibles para que, procediendo con la mayor severidad en las

verdad, para lo cual todos los intervinientes dentro del proceso deben proceder de buena fe y veracidad. Admite nuestro autor que aunque el principio toca con aspectos éticos del ejercicio de la judicatura y la abogacía, no ha sido pacífica su ubicación como principio informador del procedimiento.

Lo cierto es que este principio moralizador tiene expresa consagración en el artículo 37, numeral 3º, del Código de procedimiento civil, que impone al juez el deber de impedir actos contrarios “a la lealtad, probidad y buena fe”. Principio este que es reiterado por el artículo 153, numeral 20, de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece como deber de los funcionarios y empleados judiciales, sancionar “las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe”.

El principio de moralidad procesal, consagrado en el numeral 3º del artículo 37 del Código de procedimiento civil y las demás normativas enunciadas, encuentra su fundamento como valor social en los artículos 83 y 209 de la Constitución Política, como norma básica o fundamental de toda actividad humana que garantiza en la sociedad el pleno, libre y transparente ejercicio de todos los derechos.

Como bien lo afirma el profesor Luis Alonso Rico, lo cual tiene plena aplicabilidad a la noción del principio de moralidad procesal, los principios en general “[...] cumplen un función limitativa, creadora, integradora e interpretativa de las relaciones procesales, a fin de que la función jurisdiccional y sus fines sean cabalmente observados y cumplidos”, función que también limita “[...] la actividad juzgadora para fungir igualmente como garantía contra la arbitrariedad”.³⁹⁰

sanciones de los responsables de tales conductas, luchen por el restablecimiento de la llamada *elegantia* juris, tan olvidada en nuestro medio, a causa precisamente de la impunidad absoluta en que casi siempre han quedado esas actuaciones indecorosas e indebidas.” Ibid., p. 70.

³⁹⁰ RICO, Teoría..., Op. Cit., pp. 134-135.

3.2. El principio de moralidad procesal, lealtad procesal o buena fe desde la perspectiva de las partes

Opina el profesor Juan Bautista Parada Caicedo que “El Principio de la buena fe procesal en su sentido ético jurídico a lo que apunta en últimas es a la realización del valor justicia. Por ello cada vez que en una providencia se toca el tema, se hace énfasis en él, se resalta su importancia, hay allí un mensaje formativo que tiene que contribuir al mejoramiento de la sociedad en que vivimos”³⁹¹.

Son varios los doctrinantes del derecho que definen el principio de moralidad procesal desde la perspectiva de las partes, ubicando su finalidad en el proceso jurisdiccional, como un principio jurídico garante de un proceso libre de engaños, temeridad y mala fe. En este sentido Máximo Pacheco define al principio de probidad como un principio formativo del proceso, indicativo del deber en el proceso de “[...] de evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes”.³⁹²

Azula Camacho explica que en el proceso jurisdiccional los deberes son mandatos legales que facilitan o permiten el trámite normal del proceso,³⁹³ y comprenden el de lealtad y buena fe, que implican obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos procesales.³⁹⁴ Para nuestro autor, el principio de lealtad y buena fe significa comportamientos acordes con la recta administración de justicia “[...] que no se desfigure la realidad de los hechos controvertidos, ni se aprovechen indebidamente las oportunidades procesales...”,³⁹⁵ ni se actué sin fundamento legal, con temeridad o mala fe, alegando hechos contrarios a la realidad, utilizando

³⁹¹ PARADA CAICEDO, Juan Bautista. La buena fe, la lealtad, el fraude procesal... Op. Cit., p. 432.

³⁹² PACHECO, Teoría..., Op. Cit., p. 262.

³⁹³ Un ejemplo de estos deberes para las partes los da el artículo 71 del C. de P. C., al establecer como deberes procesales el proceder con lealtad y buena fe en todos los actos, obrar sin temeridad en las pretensiones o defensas y en el ejercicio de los derechos procesales.

³⁹⁴ CAMACHO, Manual..., Op. Cit., p. 259.

³⁹⁵ *Ibíd.*, p., 260.

el proceso para afines ilegales, lo que es sancionado con una condena oficiosa pecuniaria para el pago de los perjuicios causados.

López Blanco considera que el principio de lealtad procesal, informador del ordenamiento del procedimiento, “También llamado principio de moralidad, exige a cuantos intervienen en el proceso procedan de buena fe y sean veraces, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad”³⁹⁶. Y que frente a actuaciones desleales o indecorosas de los abogados y de los propios jueces debe hacerse la respectiva denuncia ante las autoridades, para recuperar lo que llama la “*elegancia juris*”.

Carlos Betancur y Alonso García ubican como un principio de la prueba judicial el principio de lealtad, “[...] conocido también con los nombres de probidad o veracidad de la prueba...”,³⁹⁷ el cual conforme con la finalidad de las pruebas le impone a las partes el deber de utilizarlas “[...] para reconstruir los hechos y la situación jurídica controvertida tales como se presentaron en la realidad. Por lo tanto ellas no deben usarse para ocultar o deformar la verdad...”.³⁹⁸ Para estos doctrinantes el principio de lealtad rige el proceso en general, con especial importancia en el derecho probatorio, ya “[...] las partes no pueden olvidar que tienen que subordinar su interés individual al general de la sentencia justa...”,³⁹⁹ concluyendo que este principio no es más que la aplicación del principio de buenas fe, “que en el derecho procesal ocupa un lugar tan capital como en el derecho sustantivo”.⁴⁰⁰

El profesor Luis Alonso Rico al hablar de la buena fe y la lealtad procesal, señala que el proceso debe ser utilizado para fines que le fueron encomendados como la

³⁹⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de..., Op. Cit p. 69.

³⁹⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos y GARCÍA SIERRA, Alonso. De la prueba judicial. 3ª. Ed. Medellín: Editorial Señal Editora, 1998. p. 44.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

decisión del conflicto intersubjetivo y la vigencia de los valores jurídicos; por esto, todos los actos contrarios a los intereses constitucionales “[...] son desleales con la administración de justicia y con el proceso mismo”.⁴⁰¹

Eduardo de J. Couture se refiere al principio de probidad o buena fe procesal, como un principio formativo del proceso, de marcado retorno a las tendencias “[...] de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal...”,⁴⁰² es por esto que con el fin de evitar la malicia de las partes contendientes, el proceso ha establecido algunas soluciones como la de exigir la demanda clara, en capítulos y numerada, para evitar “[...] una emboscada del adversario”;⁴⁰³ la unificación de las excepciones para evitar “[...] la corruptela histórica denominada “*escalonamiento de las excepciones*”, según la cual las defensas de esta índole se oponían sucesivamente haciendo indeterminable el litigio”;⁴⁰⁴ la limitación de la prueba a los hechos debatidos; la convalidación de las nulidades, además de las condenas procesales como sanción a los comportamientos procesales ligeros o maliciosos.⁴⁰⁵

Gian Antonio Michelli, al estudiar el deber de lealtad y de probidad como límite a los poderes procesales, expresa que “[r]ecientemente se ha observado, sin embargo, que un límite a esta libertad de autodeterminación puede estar constituido en el ordenamiento jurídico positivo singular por el denominado deber de probidad procesal”.⁴⁰⁶ Pero esta postura no es pacífica, toda vez que para algunos el deber de probidad entra en conflicto con la auto-responsabilidad de parte, que constituye la noción principal de la carga de la prueba, en su aspecto subjetivo.

⁴⁰¹ RICO, Teoría..., Op. Cit., p. 153.

⁴⁰² COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 4ª. Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 156.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ Ibidem.

⁴⁰⁵ Ibidem.

Opina Michelli que el deber de decir la verdad “[...] no es conceptualmente incompatible con poderes procesales conferidos a las partes, y como tales libremente ejercibles, en cuanto lo imponga el interés privado. En verdad, la parte, si quiere, puede permanecer inactiva, pero si actúa debe decir la verdad, esto es, no debe mentir a conciencia”.⁴⁰⁷ Afirma que el deber de decir la verdad, en las legislaciones actuales, se manifiesta como un aspecto del deber de buena fe procesal, el cual no se contrapone con los poderes procesales otorgados a las partes, por el contrario, es un límite armonizable con el principio dispositivo, por cuanto los hechos alegados por las partes “[...] están sustraídos a la libre disposición de las partes, en cuanto incidan sobre intereses públicos”.⁴⁰⁸

El profesor Picó Junoy, define el principio de la buena fe procesal como un principio general, indeterminado, mediante el cual se introduce “[...] un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendiente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico”.⁴⁰⁹ La buena fe es la “[...] conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”.⁴¹⁰ Además, explica cómo desde la perspectiva del principio de la buena fe procesal “[...] se logra la continua adaptación ente los valores éticos de una sociedad y los valores normativos del ordenamiento, correspondiéndole al juez, en cada caso concreto, analizar si la conducta procesal de la parte se adecua a la forma de actuar admitida por la generalidad de los ciudadanos”.⁴¹¹

⁴⁰⁶ MICHELLI, Gian Antonio. La carga de la prueba. (SENTÍS MELENDO, Santiago, Trad.). Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004. p. 150.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, p. 151.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ PICO Y JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: Editorial J.M. Bosch, 2003. pp. 66-67.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, p. 69.

Para Junoy, aunque el principio de buena fe, dada su indeterminación de contenido, puede plantear problemas de inseguridad jurídica, que pueden llevar a la arbitrariedad judicial, “[...] ya que puede utilizarse por el juez como medio para imponer sus propias valoraciones personales al margen de las comúnmente aceptadas por la sociedad...”,⁴¹² este peligro puede controlarse en primer lugar con la motivación de las providencias y el uso de los recursos respectivos, y en segundo lugar con “[...] la creación de una doctrina jurisprudencial que identifique supuestos típicos de mala fe que, en principio, serán susceptibles de aplicarse con carácter general a situaciones equivalentes...”.⁴¹³

Nuestro autor considera importante definir la aplicación práctica del principio de buena fe en el proceso jurisdiccional, para “[...] identificar correctamente la consecuencia de la infracción...”⁴¹⁴ ya sea como carga, deber u obligación. Entiende como carga “[...] la consecuencia (o imperativo del propio interés) de la parte de realizar facultativamente un determinado acto para evitar que le sobrevenga un perjuicio; ...”⁴¹⁵, como obligación “[...] la prestación impuesta a las partes con ocasión del proceso, y cuya infracción comporta no solo un perjuicio procesal para el obligado sino además una responsabilidad económica a favor de la parte contraria...”,⁴¹⁶ y como deber “[...] aquel imperativo legal establecido a favor de una adecuada realización del proceso, dirigido no tanto al interés individual de las partes como al interés de la comunidad...”.⁴¹⁷

Según Junoy la consecuencia que se asumiría al incumplir una carga procesal como la de “[...] comparecer y responder a las preguntas que se le formulen

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Ibid., p. 71.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ Ibid., p. 117.

⁴¹⁵ Ibidem.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Ibidem.

durante su interrogatorio...”,⁴¹⁸ sería que la “[...] conducta pueda ser valorada como admisión tácita de los hechos litigiosos...”,⁴¹⁹ la consecuencia que se asumiría al incumplir una obligación procesal como la formulación de pretensiones y excepciones temerarias o sin fundamento, sería la correspondiente a la condena en costas, y la consecuencia que se asumiría al incumplir un deber procesal como efectuar recusaciones sin fundamento, sería la imposición de una multa.⁴²⁰

La Corte Constitucional, con respecto al principio de buena fe procesal, ha manifestado su importancia en el proceso jurisdiccional como norma condicionante del ejercicio de las garantías y los derechos, a su vez factor determinante para el logro de los fines constitucionales y de un orden justo, así:

Frente a la administración de justicia, no sólo se espera que los jueces presuman la buena fe y la actuación honrada de quienes comparecen ante sus estrados, sino que el sistema jurídico demanda de las partes e intervinientes en los procesos judiciales la exposición de sus pretensiones y el ejercicio de sus garantías y derechos con arreglo a una efectiva buena fe procesal, indispensable para que la normatividad alcance los fines a ella señalados por la Constitución, que se sintetizan en el logro de un orden justo.⁴²¹

Concluye el profesor Juan Bautista Parada Caicedo que el imperativo de la buena fe les impone a los abogados la convicción en el proceso jurisdiccional como un medio idóneo para dirimir los conflictos y hacer efectivos los derechos sustanciales, donde prima el juego limpio, “Por ello, tenemos que descartar las cartas impuras, la truculencia, el leguleyismo, la malicia, la prolongación indebida del proceso, las pretensiones exageradas, los hechos desfigurados, las verdades a medias (...) cuando se quebranta el principio, empieza la deslealtad y este juego oscuro puede terminar, en muchos casos, en la comisión de hechos punibles

⁴¹⁸ *Ibíd.*, p. 118

⁴¹⁹ *Ibidem.*

⁴²⁰ *Ibíd.*, pp. 118-119.

⁴²¹ Corte Constitucional sentencia T-001 de 1997 Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

como el fraude procesal, el perjurio o la falsedad. Recordemos siempre que la mejor decisión es la que se toma con fundamento en la verdad. Esto sólo se consigue con la diligencia y lealtad de las partes y sus apoderados⁴²², y complementaríamos nosotros con la lealtad de juez al momento de decretar las pruebas de oficio.

3.3. Los deberes de lealtad procesal o buena fe como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso

El principio de moralidad procesal es equiparado por muchos doctrinantes a la lealtad procesal⁴²³, probidad o buena fe y, como vimos, es aplicable a todos los sujetos del proceso. Desde esta perspectiva, nos corresponde en la presente investigación estudiar su función como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio en un debido proceso.

Para la profesora Beatriz Quintero

El principio de moralidad procesal puede ser definido como el conjunto de reglas de conducta, precedidas por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso, (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba); a veces cuando se infringe el imperativo ético se incurre en delito. Mediante el principio de moralidad se proscribe la malicia, la mala fe, la deshonestidad, que

⁴²² PARADA CAICEDO, Juan Bautista. La buena fe, la lealtad, el fraude procesal... Op. Cit., p. 434.

⁴²³ "La lealtad implica al ser humano tener valores, creencias, principios que sustenten su interioridad. Sin ellos es imposible tener una concepción de la lealtad. Esta supone fidelidad a esa concepción ética de la vida. Es lo que nuestros ancestros denominaban la "hombría de bien". Ser veraz, pulcro, honesto, probo, prudente, respetuoso, es la configuración deseable en el común de los seres humanos. En consecuencia, frente a estos hombres es que presumimos la buena fe. Quien se manifiesta de manera contraria es desleal al compromiso que impone la sociedad y su comportamiento, entonces, puede ser cuestionado como de mala fe o, en ocasiones, delictivo". *Ibíd.*, p. 435.

no son instrumentos aceptables para ganar pleitos. Las infracciones al principio acarrear consecuencias al infractor.⁴²⁴

Para la Corte Constitucional el principio de moralidad cumple las siguientes finalidades en el proceso jurisdiccional:

En efecto, la buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad son principios éticos que han sido incorporados en los sistemas jurídicos y que componen el llamado 'principio de moralidad' del derecho procesal, que constituye uno de los triunfos de la concepción publicista de esta rama del Derecho sobre las teorías meramente privatistas o utilitaristas. Lo que se pretende hacer al incorporar estos preceptos morales al Derecho positivo es darle carácter vinculante a la forma de actuar de las partes, por considerar que ésta es jurídicamente relevante dentro del proceso judicial. Por lo tanto, y debido a que media el interés público en las actuaciones procesales, las limitaciones que impone el principio de moralidad a la actividad de las partes encuentran pleno asidero dentro de nuestro ordenamiento⁴²⁵.

Jairo Parra Quijano destaca el significado de la palabra lealtad como guarda de la debida fidelidad a las cosas y a las personas. Destaca la conexión existen entre el deber de obrar con lealtad procesal que establece el artículo 71 del Código de procedimiento civil, para las partes y apoderados y búsqueda de la verdad al decir que la misma permite y ayuda "[p]ara que la sentencia que se dicte a fin de resolver el asunto, se construya sobre la verdad".⁴²⁶

⁴²⁴ QUINTERO y PRIETO, Teoría..., Op. Cit., p. 110.

⁴²⁵ Corte Constitucional. sentencia T-1014 de 1999.

⁴²⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho probatorio. 5ª Ed. Bogotá: Editorial Ediciones del Profesional Ltda., 2006. p. 238. Al respecto nuestro autor resalta la importancia de los procedimientos como instrumentos idóneos para la construcción de la verdad y por ende de la justicia, al respecto cita la sentencia de Tutela de mayo 4 de 1999, expediente 6208 de la Corte Suprema de Justicia, así: "Para ello es conveniente recordar que los procedimientos, ya judiciales, ora administrativos, solo se justifican en la medida en que constituyan un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, porque ésta corresponde a un principio de justicia que legitima las instituciones y purifica la democracia. La crisis de la justicia, entendida como órgano del Estado, dimana del fracaso en la averiguación de la verdad, al aparejar iniquidades, impunidad, ineficacia y desorden".

El profesor Parra Quijano describe cómo en la más moderna concepción del proceso civil, se defiende el principio de buena fe como un principio inspirador de la normativa procesal. Con fundamento en este principio se proscribe la malicia que afecta tanto a la contraparte como a la administración de justicia, obligando a las partes a comportarse en el proceso con lealtad y probidad. Señala nuestro autor: “[...] A esta exigencia moral deben ajustarse en el proceso todas las actividades de las partes y sus patrocinadores...”.⁴²⁷ Y continúa: “En suma, la idea fundamental en que se ha inspirado el código al predisponer las medidas más eficaces contra la mala fe procesal, es esta: que el contacto directo entre el juez y las partes, tiene que engendrar en ellas la convicción de la absoluta inutilidad de las estratagemas y de las celadas”.⁴²⁸

El profesor Pedro Pablo Cardona expresa que el principio de moralidad o buena fe, de consagración constitucional (artículos 83, 88, 209 y 123), que excluye las relaciones viciadas o de mala fe, es un principio general que rige y determina las actuaciones de las instituciones y los servidores públicos⁴²⁹, en donde “[...] las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan”.⁴³⁰ Y tratándose de la aplicación de este principio al órgano judicial, expresa que “[p]or tal razón el principio de buena fe que debe guiar a quien actúa en todo proceso judicial, se fundamenta en el principio de probidad, al tenor del cual es deber de todos los funcionarios de la Rama Judicial, ejercer sus funciones en forma imparcial y recta sin incurrir en abusos o arbitrariedades”.⁴³¹

⁴²⁷ Cfr. Transcripción del texto llamado “Relación del ministro guardasellos presentada en la audiencia del 28 de octubre de 1940-XVII, para la aprobación del texto del Código de procedimiento civil”. *Ibid.*, pp. 161 y 186.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 188.

⁴²⁹ Nótese como el artículo 268 de la Constitución, al atribuirle funciones al Contralor General de la República, le permite exigir verdad sabida y buena fe guardada, en las investigaciones penales o disciplinarias que se adelanten contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

⁴³⁰ CARDONA, Manual..., Op. Cit., p. 40.

⁴³¹ *Ibidem.*

Por lo general, para los doctrinantes el principio de moralidad procesal involucra los predicados de la buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad, sin distinguir la teleología de uno y de otro concepto. Así, por ejemplo, el maestro Devis Echandía,⁴³² al hablar de los principios generales de la prueba, no hace distinción alguna entre el principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba.

Clemente A. Díaz opina que existen problemas de orden conceptual y estructural, y no es nada fácil “[...] inyectar el imperativo ético en las estructuras jurídicas del Derecho Procesal...”.⁴³³ Explica que la buena fe, la veracidad, la probidad tienen relación con el principio de moralidad procesal, por lo que define a este último como el “[...] conjunto de reglas de conducta, presididos por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces)”.

De esta manera, mediante el principio de moralidad aplicado al proceso se proscrib[e] “[...] la malicia, la mala fe, la deshonestidad y la inmoralidad...”.⁴³⁴ Pero, continúa explicando nuestro autor, la situación problemática con el principio de moralidad se presenta cuando impone conductas conforme con la buena fe, la verdad, la lealtad o la probidad, que excluye todas las conductas opuestas, colisionando, en el proceso, con los principios dispositivo y el de bilateralidad del contradictorio, que en principio permitirían conductas opuestas “[...] a los predicados de verdad y buena fe, etc.”⁴³⁵ Por el contrario, admite nuestro autor, que el principio de moralidad procesal no deroga la bilateralidad del contradictorio ni afecta el principio dispositivo, sino que al imponer unos deberes para evitarle

⁴³² “6) *Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba*. Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su utilidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez” DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. Tomo II. 4ª Ed. Bogotá: Editorial A.B.C., 1975. p. 16.

⁴³³ DÍAZ, Instituciones..., Op. Cit., p. 264.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 265.

perjuicios al justiciable o la justicia misma “[...] atempera el predominio absoluto de estos conceptos procesales, en tanto es inadmisiblemente científicamente que ellos permitan la malicia y la deshonestidad...”.⁴³⁶

Para Clemente Díaz, el contenido del principio de moralidad “[...] hace referencia a un imperativo ético, que se concretaría en las reglas de la buena fe...”,⁴³⁷ ya como buena fe creencia, de actuar convencido del propio derecho, ya como buena fe lealtad, de actuar honestamente; pero estas fórmulas morales carecen de juridicidad, “[...] en tanto la significación jurídica no está dada por el comportamiento o la conducta conforme al imperativo ético (presupuesto procesal de conducta), sino por el comportamiento o la conducta contraria al imperativo ético...”.⁴³⁸ Así, el comportamiento acorde con el principio de moralidad (buena fe, lealtad, probidad), no tiene más premio que la satisfacción del deber cumplido, en cambio los comportamientos contrarios si son trascendentes jurídicamente, es decir, son jurídicamente valiosos al ser formulados en reglas coercitivas, “[...] que determinan el comportamiento procesal del juez y de los justiciables ante el derecho procesal”.⁴³⁹

Concluye nuestro autor, sobre la naturaleza jurídica del principio de moralidad procesal, en cuanto a si es una carga, una obligación o un deber, que “[e]l principio de moralidad se caracteriza por la implantación de deberes jurídico-procesales...”,⁴⁴⁰ como “norma secundaria” en términos Kelsenianos,⁴⁴¹ “[...] cuya juridicidad es relativa a una norma que establece la sanción que se aplicará a la conducta contraria...”. Por esta razón duda de la eficacia de algunas legislaciones que establecen en el derecho procesal deberes éticos, como la lealtad, la probidad, la veracidad y la buena fe, llamadas por él como *lex imperfecta*, que son

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ Ibid., p. 266.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ Ibid., p. 268.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 271.

⁴⁴¹ El escrito remite sobre este tema al libro de Kelsen, Teoría Pura del Derecho.

formalmente jurídicas y sustancialmente morales, lo que genera dudas acerca de la eficacia de la implementación en el derecho procesal de los deberes de lealtad, buena fe, veracidad y probidad, “[p]ero esto no justifica la erradicación del principio de moralidad del ámbito del Derecho Procesal; por el contrario, aquel domina en todo el articulado del ordenamiento legal, bajo la forma de reglas concretas de conducta contraria al principio de moralidad, a las cuales contempla para aplicar una sanción punitiva”.⁴⁴²

3.4. Limitantes constitucionales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez

El Estado es el titular del poder judicial, al cual pueden acceder los ciudadanos mediante el ejercicio del derecho público de acción, para que se le resuelva una petición de justicia; para ello, la ley ha estatuido el proceso jurisdiccional, con la finalidad de asegurar el respeto por la dignidad humana, la prevalencia de la justicia material, la verdad real, la igualdad formal y material de las partes y la protección y vigencia los derechos fundamentales.

La Dra. Diana María Ramírez⁴⁴³ explica cómo la jurisdicción incorpora dos sentidos, ambos protectores de los derechos y garantías constitucionales, que determinan claramente el debido actuar del juez. Desde un sentido objetivo se compone del conjunto de “[...] funciones ejercidas para la protección de los derechos relativos al derecho sustancial constitucional” y, desde un sentido subjetivo está constituida por “[...] el conjunto de órganos que ejercen funciones

⁴⁴² Ibíd. pp. 271-272. El autor remite como sustento de este aserto una norma que en semejantes términos a nuestra legislación establece el numeral 3° del artículo 37 del C. de P. C., sobre los deberes del juez, de prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe.

⁴⁴³ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Hacia la constitucionalización de un derecho procesal constitucional para Colombia. En: Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2005. p. 92.

tendientes a la protección de los derechos y garantías constitucionales, y que propenden por la supremacía de la Constitución”.

En un Estado de Derecho la administración de justicia busca que tanto las funciones ejercidas para dispensar justicia y los órganos que ejercen estas funciones se sujeten a la legalidad, e igualmente que los ciudadanos respeten lo dispuesto u ordenado en la ley, pero en un Estado Constitucional que tenga el carácter de Social de Derecho, el juez no es un aplicador mecánico o rígido de las normas, tiene el deber de garante de la justicia y los derechos fundamentales, su primer compromiso está con los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En el proceso jurisdiccional civil coexiste una relación sustancial en conflicto entre dos sujetos particulares, con una relación jurídica procesal, constituida por tres sujetos a saber, el juez y las partes del proceso. Las partes buscan la satisfacción de su interés privado, la prosperidad o éxito de sus pretensiones, invocando al juez la protección de sus derechos subjetivos, al juez por el contrario lo ata en el proceso judicial el interés general o público de brindar una solución pronta, cumplida y eficaz de un litigio sometido a su conocimiento y decisión, con el fin de asegurar la convivencia pacífica y civilizada y la vigencia de un orden social justo⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ Según el preámbulo, la Constitución Política fue decretada, sancionada y promulgada, entre otros, con el fin de asegurar a los integrantes de la sociedad colombiana “(...) la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)”, y estas teleologías que deben realizarse “dentro de un **marco jurídico**, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”, estos imperativos por construir vinculan directamente al juez, en representación del Estado en el proceso jurisdiccional, teleologías que tienen plena vigencia en el proceso jurisdiccional, allí, dentro de orden jurídico, democrático y participativo, como lo manda la Constitución, el juez debe servir de garante de la construcción de “(...) un orden político, económico y social justo (...)”, finalidad esencial del Estado que es reiterada en el artículo 2° Ibíd. de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

La ontología de un Estado social de derecho⁴⁴⁵, entre otros, se cimienta en nuestra Constitución en la justicia, el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad, la prevalencia del interés general (Art. 1º), la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la vigencia de un orden justo (Art. 2º), la prevalecer la Constitución (Art. 4º), el reconocimiento, sin discriminación alguna, de la primacía de los derechos inalienables de la persona (Art. 5º), promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (Art. 13), en un debido proceso administrativo y judicial (Art. 29), en la prevalecencia del derecho sustancial y el libre acceso a la administración de justicia (Art. 229).

El juez ya no es la boca que pronuncia la ley⁴⁴⁶, a él se le exige que además de ordenar un proceso jurisdiccional dispense justicia⁴⁴⁷, que es el valor superior o máximo del ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que la efectividad del derecho material discutido, como resultado de un proceso justo, y para el logro de este objetivo social o público el “Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Artículo 1º de la Constitución Política prescribe “Colombia es un Estado social de derecho”

⁴⁴⁶ “Recuérdese que Montesquieu decía que los jueces sólo son “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes”. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴⁷ “Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. KELSEN concluye su ensayo ¿Qué es la Justicia? formulando su concepción de la “justicia” con estas palabras: “la justicia, para mí, se da en aquél orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”. En esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso –“verdad” mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al Juez”. PICO Y JUNOY, Joan. El Juez y la prueba: una historia mal contada. En Ponencias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 1998. p. 779.

⁴⁴⁸ PICO Y JUNOY, Joan. El Juez y la Op. Cit. p. 779.

Para “[e]l logro de una justicia real y efectiva que legitime al juez frente a los asociados⁴⁴⁹”, la Constitución y la Ley le asignan la responsabilidad de dirigir formal y materialmente⁴⁵⁰ el proceso⁴⁵¹, a partir de este supuesto el juez debe promover las condiciones para que la igualdad entre las partes sea **real y efectiva**⁴⁵², y esto no da otra explicación del porqué en el derecho procesal moderno se dota al juez de instrumentos y potestades probatorias oficiosas⁴⁵³.

Por la primacía del interés público en el proceso⁴⁵⁴, y sin apartarse del tema de prueba, la prueba de oficio nutre las necesidades cognoscitivas del juez, frente a las lagunas, vacíos o incertidumbres sobre los hechos alegados por las partes, “[I]e permite al juez cumplir sus deberes procesales de dirección y mantener la

⁴⁴⁹ ESCOBAR CAMARGO, Rosa María, juez imparcial y juez conductor del proceso. En: Memorias Jornadas iberoamericanas de derecho procesal, 11 al 14 de abril de 2000: Medellín. p. 277.

⁴⁵⁰ Deber que nace de la prevalencia en todas las actuaciones de la administración de justicia del derecho sustancial, establecido en el artículo 228 de nuestra Constitución, por su parte el artículo 2° superior establece como fin esencial del Estado la vigencia de un orden justo, y los artículos 229 y 230 al establecer el derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia y éste derecho implica el derecho a probar, a obtener una sentencia que dirima una controversia con fundamento en los hechos probados, lo que obligan al juez a ser un garante de la efectividad y vigencia del derecho sustancial (hechos con trascendencia jurídica del supuesto normativo) en cada caso concreto de la vida sometido a su escrutinio y decisión, y por ende responsable de la materia, hechos o derechos comprometidos con los resultados del proceso, que deben ser declarados, constituidos, exigidos o compensados o indemnizados, no otra finalidad tutelar tiene el juez en el proceso. La prevalencia del derecho sustancial indica que la significación del deber jurídico de gerenciamiento o dirección material y formal del proceso no es el proceso por el proceso mismo, sino el proceso por la realización y prevalencia del derecho sustancial o material.

⁴⁵¹ En Colombia el sistema es inquisitivo en materia de pruebas, por cuanto si Colombia es un estado social (sic), debe estar al servicio de los asociados y se debe por ende dispensar una verdadera justicia judicial (Devis E) y por ello se entrega al juez la dirección del proceso, no sólo formal sino también material para que se pueda alcanzar el fin que responda no sólo a las partes sino también a la sociedad”. ESCOBAR CAMARGO, Rosa María, juez imparcial... Op. Cit. p. 270.

⁴⁵² “Igualdad no consiste entonces únicamente en que a las partes se les dé oportunidad de presentar la demanda, de contestarla, de pedir pruebas, etc., sino que el principio de igualdad exige que el juez actúe, en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el verdadero director del proceso y, de conformidad con el enunciado del principio de igualdad, ordene promover las condiciones para que la igualdad en el proceso sea real y efectiva, adoptando las medidas necesarias para ello”. *Ibíd.*, p. 276.

⁴⁵³ “La realidad social demuestra que la facultad oficiosa del juez, en materia de pruebas, logra disminuir la desigualdad porque el proceso civil no puede ser considerado un asunto privado. El juez actúa sin interés propio en un proceso, que es lo que lo hace imparcial y leal, porqué la lealtad no sólo se predica de las partes sino que también debe reclamarse del juez quien no obstante, por la independencia con que actúa, debe permanecer activo, vigilante y circunspecto”. *Ibíd.*, p. 273.

⁴⁵⁴ Función pública, art. 228 de la Constitución.

igualdad de las partes, porque con ella puede prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, lealtad y buena fe procesal⁴⁵⁵”.

En el proceso jurisdiccional la verdad de los hechos adquiere una alta connotación⁴⁵⁶, lo acreditado o probado en el proceso debe ser acorde con el derecho colectivo a la verdad material⁴⁵⁷, la cual debe corresponder con un alto grado de probabilidad con lo objetivamente acaecido⁴⁵⁸, a la mejor proximidad con en la realidad⁴⁵⁹, y para el logro de este cometido la ley le atribuye al juez, previa

⁴⁵⁵ ESCOBAR CAMARGO, Rosa María, juez imparcial... Op. Cit. p. 273.

⁴⁵⁶ El artículo 442 del Código Penal sanciona el testimonio contrario a la verdad, rendido en un actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento y ante autoridad competente, igualmente artículo 444 *Ibidem*, establece el tipo penal del soborno, para quien entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio.

⁴⁵⁷ “Ha sostenido la Corte que el decreto oficioso de pruebas halla sólido respaldo en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil que otorgan a los jueces de instancia la facultad-deber de decretar pruebas de oficio cuando las consideren indispensables para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, disposición que, valga reiterarlo, se funda en la “lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requirieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil (GJT CXCI, pág. 233)” Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de mayo de 2001., expediente 3300. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

⁴⁵⁸ “Aceptar la prueba de oficio no implica la anulación del principio de igualdad de las partes e imparcialidad del juez. El sistema de justicia señala la necesidad de utilizar pruebas, y como el juez no puede utilizar la intuición ni la sospecha sino que tiene que demostrar que su criterio no es subjetivo, que se funda en pruebas regular, oportuna y legalmente practicadas, decir cuál es el hecho base en que se funda el proceso, cuál es el razonamiento que hace y su consecuencia, todo ello, que hace parte del derecho a la prueba, le permite al juez estudiarla, analizarla, y de ser necesaria, complementarla”. ESCOBAR CAMARGO, Rosa María, juez imparcial...Op. Cit. p. 274.

⁴⁵⁹ Sobre este punto toma una mayor importancia en el derecho penal el derecho de las víctimas de las violaciones de de derechos humanos a la verdad de lo ocurrido, para que dichos actos que quedan grabados en la memoria histórica colectiva no sean olvidados y no vuelvan a repetirse, derecho que se asocia inescindiblemente con los derechos a la justicia y la reparación, el tiene conexidad con otros derechos consagrados en la Carta Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la verdad y la consiguiente reparación material y moralmente de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, ha sido considerado como un verdaderamente un derecho humano, el cual ha tenido amplio reconocimiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (refrendado por el derecho

limitaciones de orden legal y éticas, la iniciativa probatoria *officio iusdicis* como un poder-deber⁴⁶⁰, con la cual el juez, teniendo como presupuesto necesarios de una decisión justa la lealtad procesal y la certeza sobre los hechos⁴⁶¹, profiere una

internacional humanitario en los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977), para la Corte Constitucional aun en el proceso penal la verdad adquiere una alta importancia, y desde las víctimas de la violación de los derechos humanos la verdad adquiere una connotación de un verdadero derecho fundamental, al expresar que: “Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Bien decía Carnelutti, “cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado. (...) En este mismo sentido, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial. (...) Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad [10], en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas. (...) Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal”. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el objeto de la intervención de la víctima en el proceso penal no sólo es la búsqueda de la reparación integral sino también de la justicia y la verdad: sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-004 de 2003 y C-014 de 2004”.

⁴⁶⁰ Tanta relevancia tiene este aspecto procesal para el legislador en materia civil, que el nuevo Proyecto de Ley No. 196 de 2011 – Cámara, “Por la cual se expide el Código General del Proceso” incorpora en el artículo 170 el **deber** del juez de decretar pruebas de oficio, como un imperativo jurídico con el cual se contribuye a salvaguardar el derecho de igualdad de las partes en el proceso, el proyecto le otorga al juez el poder-deber de decretar y practicar las pruebas de oficio en las oportunidades probatorias de las instancias y de los incidentes y en todo caso, antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

⁴⁶¹ “(...) entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso”. PICO Y JUNOY, Joan. El Juez y la ... Op. Cit. p. 780.

decisión judicial⁴⁶² que resuelva un conflicto, logrando para la sociedad la justicia material y la paz.

Un ejemplo de este imperativo legal por la realización de la justicia material lo vemos expresado en el artículo 1° de la ley 1385 de 2009, que modificó el artículo 4° de la Ley 270 de 1996, al decir que “La administración de justicia debe ser pronta, cumplida **y eficaz en la solución de fondo de los asuntos** que se sometan a su conocimiento (...) (N F de T), norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, al decir que:

la labor del juez no puede circunscribirse únicamente a la observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio, permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente como fundamento real del Estado social de derecho.

Pero para el logro del cometido estatal justicia material, el ordenamiento jurídico exige la presencia de un juez natural o competente, que respete la legalidad de las formas, los actos y los procedimientos, que garantice el debido proceso, el

⁴⁶² Al respecto explica la Dra. Diana María Ramírez Carvajal que “[l]a decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico, porque nace en la representación de aquel que propone el caso; la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido le da solvencia al juez para decidir con argumentos válidos; el juez en el Estado social de derecho tiene poder para intervenir la pretensión y el caso concreto. En segundo lugar, el juez debe controlar que los medios de prueba sean idóneos para la demostración de los hechos jurídicos y validar, una correcta interpretación de ellos. **En tercer lugar, la valoración discrecional del juez corresponde a lo que es “éticamente” preferible al caso concreto; esto corresponde a las tendencias constitucionales de la decisión judicial, que se concretan en la aplicación de una escala de valores en el derecho sustancial.** Y por último, el juez debe precisar una decisión “justa”, entendiendo por justo lo que corresponde a lo racional de la decisión: hechos verídicos, prueba válida y racionalmente valorada, un procedimiento adecuado para solucionar el caso concreto y una hermenéutica de la norma sustancial aplicable al caso, creada o modificada por el juez para reconducir el hecho concreto a una consecuencia válida...”. (N. F. de T.) RAMÍREZ CARVAJAL,

derecho de defensa, la bilateralidad de audiencia, la igualdad de las partes en el proceso y el libre acceso a la administración de justicia, con el fin supremo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2º C. P.), y para ello dota al juez de los poderes procesales para el impulso oficioso de los procesos a través del decreto de pruebas de oficio⁴⁶³, para la verificación de los hechos oscuros o confusos relacionados con las afirmaciones o negaciones de las partes, que conlleve al esclarecimiento de la verdad⁴⁶⁴.

Pero toda la actividad oficiosa del juez no puede ser ilimitada, debe también, a manera de contrapesas, tener unos precisos límites que no transgreda valores, principios y derechos

Diana María. A propósito de la justicia material. Versión digital disponible en: www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/...D209.../Artículo1Diana.doc, (11 de agosto de 2010).

⁴⁶³ El Consejo de Estado en sentencia constitucional de tutela ha reiterado que es una obligación del juez decretar y practicar pruebas. Al respecto ha dicho que “En este caso estando clara la responsabilidad patrimonial el juez optó por condenar en lugar de decretar pruebas. En este caso el Consejo de Estado Sección Segunda estudió la Acción de Tutela contra del fallo que anuló actos administrativos que inhabilitaron al actor para ser funcionario público y negó el resarcimiento del daño material, Lucro Cesante de los daños causados. Al respecto entiende la Sala que al estar probados los elementos sustanciales de la reclamación y únicamente carecer el expediente de un elemento adjetivo, como es la cuantificación del daño, cuya aprensión oficiosa por el Juez no compromete su imparcialidad, la negación del resarcimiento en términos de derechos fundamentales implica una clara violación del derecho de acceso material y eficiente a la administración de justicia del ciudadano. Para la Sala, negar la satisfacción del derecho al resarcimiento del daño patrimonial, es una violación de la Constitución Política en cuanto a la imperatividad que, en este caso, comporta para el Juzgador el decreto de pruebas de oficio; en otros términos, si la Corporación Judicial accionada consideraba que no estaba determinada cuantificación de aquel, debió hacer usar la norma, a efectos de obtener la claridad requerida o mejor aun ante la prueba de los elementos sustanciales para declarar la responsabilidad patrimonial. Por lo anterior, en cuanto al daño material teniendo en cuenta la existencia de las dos mencionadas opciones para solucionar el litigio contencioso de nulidad subjetivo decretar pruebas de oficio o condenar, la Sala, dado que no se hizo uso de ellas por los Juzgadores Ordinarios, deberá aplicar una de aquellas en esta instancia constitucional, siendo que están satisfechos los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial por el lucro cesante, optará por la orden de condena en lugar de la orden de decretar pruebas de oficio”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subseccion B, sentencia del doce (12) de agosto de dos mil diez (2010), Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00647-00(AC).

⁴⁶⁴ Observamos en los códigos de procedimiento civil (artículos 37, 38, 93, 179, 180), procesal del trabajo y de la seguridad social (artículo 54), contencioso administrativo (artículo 169 del decreto 01 de 1984) y de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (artículo 213 de la ley 1437 de 2011) como el legislador le otorga al Juez el poder de ordenación oficiosa probatoria siempre que lo considere útiles, pertinentes, conducentes y necesarias para verificar los hechos alegados por las partes, para aclarar los hechos oscuros o dudosos y para acreditar los que no sean susceptibles de prueba de confesión.

fundamentales constitucionalmente protegidos, al respecto el profesor Joan Pico I Junoy⁴⁶⁵ describe los siguientes límites a la iniciativa probatoria del juez civil:

30. En primer lugar, la prueba practicada por el Juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

3.1. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del Juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el Juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes (sic) probatorias, entiendo que el Juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el Juez debe merecer al justiciable.

32. Y finalmente, es tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental.

33. En definitiva, cada objeto protegido incide en un ámbito de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el Juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa⁴⁶⁶.

Sobre la tensión entre el garantismo procesal y eficacia del proceso, a manera de conclusión, el profesor Joan Pico I plantea lo siguiente:

Séptima. Finalmente, en la polémica sobre si el Juez tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin

⁴⁶⁵ Cfr. PICO Y JUNOY, Joan. El Juez y la Op. Cit. pp. 781, 783.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*

sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. Ello se logra permitiendo al Juez cierta iniciativa probatoria limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de pruebas *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de prueba. De esta forma, se respeta escrupulosamente el principio dispositivo, se asegura la debida imparcialidad judicial, y se protege el derecho de defensa de las partes. Aquí se encuentra el punto de equilibrio entre la iniciativa del Juez y la actividad probatoria de las partes: la postura radical negando todo tipo de iniciativa probatoria del Juez supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. En definitiva, entiendo que no debe buscarse el garantismo procesal sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia procesal olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del Juez –con su deber de imparcialidad- y de las partes –con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo- eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del Juez y de las partes⁴⁶⁷.

3.5 Limitantes legales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez

El artículo 37 del Código de procedimiento civil establece deberes para el juez como supremo director del proceso, incluyendo en el numeral 3º el deber de “[p]revenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”, y en el numeral 4º el deber de “[e]mplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes...”.

Así mismo, el artículo 38 y 39, *ibídem*, radican en cabeza del juez poderes de ordenación e instrucción y disciplinarios. A continuación destacamos los que tienen directa relación con los poderes probatorios: rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta;

⁴⁶⁷ *Ibíd.* Op. Cit., p. 784

ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros; expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso, y sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga.

Si el juez debe disciplinar a las partes en el proceso jurisdiccional con mayor razón sus actos probatorios deben ser inmaculados, libres de vicios o desviaciones, dirigidos exclusivamente a su actividad cognoscitiva y valorativa. Estos actos en el proceso judicial y, especialmente, cuando ejerce el deber-poder oficioso probatorio, están sometidos a un control que puede hacerse desde las normas jurídicas que regulan el principio de moralidad, lealtad, probidad o buena fe procesal, como de otras normas-regla y normas-principio, para utilizar la clasificación de Zagrebelsky,⁴⁶⁸ que regulan la imparcialidad del juez y, por ende, el derecho de igualdad de las partes en el proceso. Esta última idea se refuerza con lo afirmado por la Corte Constitucional cuando expresa:

Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no solo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Zagrebelsky, El derecho..., Op. Cit.

⁴⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

Desde esta perspectiva, la moral le impone categóricamente al juez, en ejercicio de la función jurisdiccional, la asunción de una actitud propia de una persona íntegra, responsable de sus actos, con altos atributos morales en su conciencia o fuero interno, de buenas costumbres, que inspira el sentimiento moral por el buen servicio a la administración de justicia⁴⁷⁰ y a la sociedad, acrecentando el principio de confianza legítima de toda la comunidad por su correcto actuar.⁴⁷¹

Esta clase de hombre moral lo definió Kant en sus libros “Fundamentación a la metafísica de las costumbres” y “La metafísica de las costumbres”, al explicar que la norma moral debe cumplirse por el deber mismo, sin motivaciones de ninguna clase, pues esto desvirtúa la propia moral; para él no existen seres inmorales sino seres de poca o baja moral. La moral misma se fundamenta en el principio de dignidad humana, principio según el cual el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para el logro de otros fines, es así como la dignidad se diferencia de las cosas porque ésta no tiene precio y las cosas, todas, si tienen precio.

Con atinada razón decía Carnelutti que “[e]n lo más alto de la escala está el juez. No existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra; y merece esta superioridad”.⁴⁷² Continúa afirmando: “Si los hombres, sin embargo, se encuentran en la necesidad de juzgar, deben tener al menos la consciencia de que hacen, cuando juzgan, las

⁴⁷⁰ Este deber tiene como fuente normativa superior el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución Política, que establece como deberes de la persona y del ciudadano “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

⁴⁷¹ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional: “[...] resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que les corresponde resolver”. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

⁴⁷² CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993. p. 27.

veces de Dios”,⁴⁷³ por lo que “[...] necesario, para sentirse dignos de castigar, estar libre de pecado; solamente entonces el juez está sobre aquel que es juzgado. Y puesto que el pecado no es otra cosa que *no ser aquellos que deberíamos ser*, es necesario ser plenamente, sin deficiencias, sin sombras, sin lagunas; en suma, es necesario no ser partes para ser jueces” .⁴⁷⁴

Desde la perspectiva del Derecho, la primera fuente de los deberes jurídicos dimanar de lo prescrito en la Constitución Política, al imponerle a todos los servidores públicos el deber de servir al Estado y a los intereses generales de la comunidad, en coherencia con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,⁴⁷⁵ y con lo prescrito en el artículo 83, que exige igualmente al servidor público ceñirse en todos sus actos a los postulados de la buena fe.

El juez en su misión de dispensar justicia tiene un marcado derrotero a seguir a partir de lo prescrito en el artículo 2° de la Constitución, el cual contiene el más mínimo asomo de corrupción, pues para que las actuaciones del juez sean legítimas deben estar conforme con el mandato constitucional de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades.

Los más precisos imperativos morales de origen legal dirigidos a regular la recta administración justicia, los encontramos en la ley 270 de 1996, la cual, en el numeral 1° del artículo 153, le exige al juez el deber de lealtad con el ordenamiento jurídico, respetando y haciendo cumplir la Constitución, las leyes y

⁴⁷³ Ibíd., p. 6.

⁴⁷⁴ Ibíd., p. 29.

⁴⁷⁵ Ha admitido la Corte Constitucional en la sentencia T-416 de 1994, que los postulados rectores de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, también tienen operancia en la función jurisdiccional, “[...] como manifestaciones que son del poder del Estado” (N. F. de T.).

los reglamentos. De igual manera, el numeral 2° del artículo, obliga al juez a “[d]esempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo”, en concordancia con los deberes establecidos en los numerales 5°, 6° y 7° del artículo 153 del mismo artículo 153, de “[r]ealizar personalmente las tareas que les sean confiadas”; “[g]uardar la reserva que requieran los asuntos relacionados con su trabajo”, y “[o]bservar estrictamente [...] los términos fijados para atender los distintos asuntos y diligencias”.

Hay deberes procesales establecidos en el Estatuto de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996) de aparente destinación para las partes, pero que, en primer lugar, son de plena aplicabilidad para el juez en el ejercicio de la función jurisdiccional,⁴⁷⁶ como el deber de evitar la lentitud procesal, el sancionar maniobras dilatorias y todos los actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, como lo describe el numeral 21 del artículo 153 de la ley 270 de 1996.

Al juez lo sujetan otros deberes jurídicos de contenido moral como el deber de decoro en su vida cotidiana, al exigirle cuidado en su presentación personal, prohibirle la embriaguez habitual o el uso de sustancias prohibidas por la ley (artículos 153, num. 14, y 154, num. 7°, de la ley 270 de 1996); el deber de cortesía con el público, compañeros y subordinados (artículos 153, num. 4, y 154, num. 3, ibíd.), el deber de obediencia con sus superiores, y el deber de confidencialidad en su vida privada con respecto a los asuntos pendientes de decisión (artículos 153, num. 3, y 154, num. 4° y 6°).

⁴⁷⁶ Así lo afirma Azula Camacho al advertir que “[...] los deberes no son exclusivos de las partes, puesto que se extienden al funcionario judicial, conforme lo explicamos en su momento, y que, además, incluye a terceros o extraños al proceso”. CAMACHO, Azula. Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso. Tomo I. 9ª. Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009. p. 259.

El deber de transparencia y probidad lo consagra el artículo 153, numeral 13, de la ley 270 de 1996, al exigirle al juez declarar bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas antes de tomar posesión del cargo, cada dos años, al retirarse del mismo, o cuando la autoridad competente se lo solicite, o cada vez que su patrimonio y rentas varíen significativamente.

La Constitución Política consagró la responsabilidad de los servidores públicos en los artículos 6º y 90, y el legislador estableció en el artículo 71 de la ley 270 de 1996, la responsabilidad personal por dolo o culpa grave para los jueces,⁴⁷⁷ con el siguiente tenor:

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo, cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

⁴⁷⁷ El juez también puede ser responsable penal, civil, disciplinario y laboralmente, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-917 de 2001, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería.

3.6. El principio de moralidad procesal como límite al decreto oficioso probatorio

El orden jurídico tiene como teleología la realización de valores o bienes jurídicos y su inobservancia pone en riesgo a todo el sistema social, lo que justifica la intervención del Estado mediante la función jurisdiccional para restablecer, mediante una decisión judicial irrevocable, los valores de orden, seguridad, paz, cooperación, poder y justicia, valiéndose para ello del proceso.⁴⁷⁸

Y es en el juez, como órgano jurisdiccional (jurisdicción en sentido subjetivo), en quien recaen las responsabilidades de poner en vigencia y asegurar el cumplimiento los valores jurídicos, entre estos el de buena fe, que es la base o plataforma fundamental para decir o pronunciar el derecho (*juris dicere*) aplicable a un caso controvertido, que restablezca los valores lesionados.

Uno de los valores jurídicos de contenido moral prevalente en el proceso es la verdad;⁴⁷⁹ el proceso se interesa por la verdad y, por ende, por la moralidad procesal al rechazar todo lo contrario al concepto de verdad; así, desde el inicio del proceso con la presentación de la demanda se presume que lo afirmado es verdadero, afirmación que se hace bajo la gravedad del juramento, el cual se entiende prestado con la sola presentación del escrito, juramento que desafortunadamente hoy en día ha perdido mucha credibilidad.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Medellín: Editorial Conlibros y CIA. Ltda., 2006. p. 358.

⁴⁷⁹ Señala la Corte Constitucional que “al ser propósito esencial de todo proceso judicial el de lograr la verdad, se debe garantizar plenamente la posibilidad de que las partes interesadas expongan y controvertan con plenas garantías los argumentos que suscitaron el litigio judicial”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-436 de 1992.

⁴⁸⁰ Sobre la pérdida del respeto por los valores morales en el proceso judicial anota el profesor Jiménez Pomare Walter, al afirmar que “[e]s evidente, que la inversión de valores del hombre de hoy –la facilidad para mentir, la colusión, y el fraude procesal–, hace del juramento ante Dios (como presupuesto sicológico, moral y religioso), un instrumento probatorio de poca solvencia de

Con la verdad de los hechos que aparece develada por los medios de convicción, el juez fundamenta y construye la sentencia, constituyendo la verdad un presupuesto de justicia de la decisión. La primacía de la verdad en el proceso tiene una conexión directa con el valor justicia, así lo resalta el profesor Jairo Parra Quijano al afirmar: “En el proceso, cualquiera que él sea teniendo en cuenta sus características, es necesario averiguar la verdad. Cada vez que se plantea estrechar el concepto de verdad, para construir una especie para el proceso, donde exista ligereza probatoria para construir el caso, se abre la puerta, sobre todo en materia penal, para que penetre la arbitrariedad. No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad”.⁴⁸¹

En este punto, la verdad de los hechos encuentra conexión directa con la iniciativa oficiosa probatoria,⁴⁸² de acuerdo con lo estatuido en los artículos 13, 29 y 228 de la C. P.; 1° de la ley 270 de 1996, y 2°, 4°, 37, 38, 179 y 180 del Código de procedimiento civil; normas que le permiten al juez verificar los hechos narrados por las partes y la existencia real del derecho impetrado, para garantizar la efectiva tutela jurídica al caso controvertido, teniendo como premisa fundamental que la justicia es el valor superior que consagra la Constitución Política para guiar la acción responsable de todos los servidores y órganos del Estado, en el ejercicio de su función de garantes de la efectividad de los principios, derechos y deberes, y de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.⁴⁸³

credibilidad; es inútil ante la realidad”. POMARE WALTER, Jiménez. Apuntes de pruebas judiciales. Medellín: Señal Editora, 1993. p. 145.

⁴⁸¹ QUIJANO, Manual..., Op. Cit., p 167.

⁴⁸² “Reiteramos anteriores conceptos respecto a la posición moderna del juez dentro de todo proceso. Dejó de ser un espectador, para convertirse en figura principal del proceso, en pro de obtener la verdad real o material en lo civil, laboral, penal y contencioso administrativo”. POMARE, Apuntes..., Op. Cit., p. 60.

⁴⁸³ En este sentido textualmente se refiere el preámbulo del Estatuto de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996): “Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla, DECRETA”.

En la etapa preliminar del proceso civil las partes aportan como materia o insumo del proceso jurisdiccional unos hechos controvertidos que sirven de sustento tanto a la parte pretensionante como a la resistente, caracterizados en esta etapa inicial por un interés particular o privado, con los cuales cada una quiere obtener del aparato jurisdiccional una respuesta favorable a su posición y desfavorable a su contraparte, pero que desde el mismo momento en que estos hechos son objeto de conocimiento por parte del juez, los mismos adquieren una connotación de interés público, dada la finalidad misma del proceso de dispensar justicia material para la efectividad del derecho sustancial.⁴⁸⁴

En este marco conceptual, la iniciativa oficiosa probatoria que despliega el juez para despejar la incertidumbre jurídica de los hechos alegados y controvertidos por las partes, adquiere igualmente una connotación de interés público, función que es controlada por el principio de moralidad, que consagra para el órgano jurisdiccional el deber de lealtad o buena fe procesal, el cual opera en el proceso jurisdiccional como rasero o parámetro obligatorio de conducta para del juez.

El principio de moralidad procesal permite de esta manera efectuar un juicio de legalidad de la conducta del juez en el proceso jurisdiccional, cuando éste ejercita el deber-poder oficioso probatorio como garantía de la primacía del interés colectivo sobre el particular,⁴⁸⁵ para la plena realización de la justicia material, conforme lo dispone el artículo 228 de la Constitución, 1º de la ley 270 de 1994 y 4º del Código de procedimiento civil.

⁴⁸⁴ Cfr. POMARE, Apuntes..., Op. Cit., p. 61.

⁴⁸⁵ La ley 489 de 1998, en su Artículo 3º definió entre los principios aplicables a la función administrativa, además de los constitucionales, los de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, dichos principios, expresa el parágrafo del artículo, "deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular".

Si la finalidad de la prueba de oficio no es otra que servir de instrumento para verificar los hechos alegados por las partes, evitar sentencias inhibitorias y nulidades procesales, logrando con ello que la prevalencia de la verdad y por ende la realización de la justicia”,⁴⁸⁶ conforme lo establecen los artículo 37-4, 179 y 180 del Código de procedimiento civil, y el principio de moralidad se constituye en condición necesaria para el logro de esta verdad, y ni aun con el argumento de garantizar la vigencia de la justicia el ordenamiento normativo admite la realización de actos contrarios a la moralidad, como la mentira, los actos torticeros o insidiosos.⁴⁸⁷

Por esto, el deber-poder oficioso del juez para aducir pruebas en un proceso guiado por el interés público de la realización de la justicia, está sujeto en un todo al cumplimiento del deber de moralidad procesal, tanto para el decreto de pruebas como para su práctica. El principio de moralidad lo obliga a satisfacer sus exigencias tanto desde el fuero interno como el externo, en el ejercicio de sus funciones.

De esta manera el juez al detectar la necesidad de decretar una prueba de oficio **debe** hacerlo, ineludiblemente, cuando “[...] por las circunstancias objetivas (ajenas a la inteligencia y maniobra de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevinientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última

⁴⁸⁶ QUIJANO, Manual..., Op. Cit., p. 96.

⁴⁸⁷ Afirma Máximo Pacheco que “[...] nunca es lícito escoger un medio malo para conseguir un resultado –ni quererlo ni aprobarlo en el curso de la ejecución– si ese medio es de tal naturaleza que considerado en si mismo resulta intrínsecamente malo. Nunca es lícito obrar el mal para conseguir algún bien”. PACHECO, Teoría..., Op. Cit., p. 35. Contrario a lo anterior Ángel Ossorio al determinar si un abogado puede o no utilizar la chicana (triquiñuela, enredo, mentira) para combatir la iniquidad afirma que “¿la chicana es el único recurso viable para defenderse frente a la iniquidad? Pues habrá que disculpar la chicana y aun mostrar gratitud al que la haya empleado. Todo consiste en saber si perseguimos la iniquidad o la favorecemos, en precisas donde está la iniquidad. [...] Nuestra conciencia debe tener la tranquilidad de que el fin que buscamos es bueno, absolutamente bueno, y que los medios malos son los únicos posibles para que el fin prospere y no cause mal a nadie”. OSSORIO, Ángel. El alma de la toga. 7° Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007. p. 86.

alegada y probada...”.⁴⁸⁸ Proceder en contravía del deber impuesto por el ordenamiento jurídico (art. 179 y 180 del Código de procedimiento civil) es actuar en contra del principio de moralidad procesal (num. 4º, art. 37 del Código de procedimiento civil), con el cual se garantiza la correcta aplicación de la justicia, al asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.⁴⁸⁹

3.7. Límites a la prueba de oficio desde el principio de moralidad procesal

El proceso jurisdiccional parte de una premisa fundamental, y es la vigencia del principio de moralidad o buena fe procesal, que disciplina “[...] con una marcada cualificación ético-moral y deontológica, las funciones, los poderes y los deberes del juez”.⁴⁹⁰ En este contexto el juez no puede decretar oficiosamente un dictamen pericial si ya obra en el proceso un dictamen claro, tampoco puede dejar de ordenar uno nuevo si el dictamen no le satisface plenamente según lo requerido.

De la misma forma, el juez debe decretar de oficio la prueba de un hecho sobreviniente a la presentación de una demanda, si el mismo altera o extingue de manera sustancial la pretensión invocada, así este hecho hubiese sido aducido inoportunamente al proceso.⁴⁹¹ Pero lo que no puede hacer, por ser contrario al

⁴⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1994.

⁴⁸⁹ En este sentido tiene plena aplicación la teoría de los actos propios, aplicable al campo procesal como lo expresa la siguiente cita del profesor Joan Pico Y Junoy: “Por ello –como destacan PUIG BRUTAU y DÍEZ-PICASO– el fundamento de la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, reside precisamente en el principio general de la buena fe, como así lo admite unánimemente la doctrina jurisprudencial. [...] La doctrina de los actos propios es de plena aplicación no solo en el ámbito de las relaciones privadas sino también en el marco del proceso, siendo precisamente en éste ámbito –y así lo pone de relieve DÍEZ-PICASO– donde surge la figura anglosajona del “estoppel”, que impide al litigante formular alegaciones en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta, configurándose como una regla del *fair play* procesal, que entra en juego dentro del proceso y nunca fuera de él”. PICO Y JUNOY, Joan, El principio... Op. Cit., p. 114.

⁴⁹⁰ PICO Y JUNOY, Joan, El principio... Op. Cit., p. 86.

⁴⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1994. “La petición inoportuna de parte debe desecharla el juez; pero puede decretar de oficio las mismas

principio de moralidad procesal, es decretar de oficio la prueba de un hecho sobreviniente a la presentación de una demanda, si el mismo no altera o extingue de manera sustancial el derecho invocado en la pretensión.

El fraude procesal. El fraude procesal es definido como “[...] la actividad uni, bi o plurilateral ejercida intra o extra proceso, con dolo o mala fe o en forma temeraria, para modificar o alterar ilícitamente la verdad legal o formal, en un proceso judicial, a fin de causar daño o perjuicio a otro, con beneficio propio o de un tercero”.⁴⁹²

Es, tal vez, el fraude procesal la manifestación más reprobable de una cadena de hechos dolosos, contrario totalmente a lo prescrito en el proceso por el principio de moralidad o buena fe procesal,⁴⁹³ en el incurren en conductas destructoras de las bases y finalidades mismas del proceso judicial, afectando la realización del principio sumo de la justicia.

Para Nelson Mora dentro del proceso existen varias clases de verdad, correspondiendo a “[l]a verdad moral, que es establecida por el juez teniendo en cuenta tanto las pruebas legalmente allegadas al expediente, como cualquier otro medio extraprocesal que haya empleado el fallador para acercarse a la verdad ontológica”,⁴⁹⁴ y esta verdad es la que trasgrede el juez cuando al decidir en la sentencia el litigio se aparta de lo legalmente probado, violando el principio de moralidad procesal.

pruebas, si las considera necesarias y es su deber hacerlo”. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Op. Cit., p. 114.

⁴⁹² MORA, Nelson. El fraude procesal. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1982. p. 3.

⁴⁹³ El artículo 72 del C. de P. C. prescribe la responsabilidad patrimonial de las partes y terceros en el proceso, por los perjuicios causados por actuaciones temerarias o de mala fe, ordenándole al juez la imposición de la respectiva condena en costas.

⁴⁹⁴ MORA, El fraude..., Op. Cit. p. 22.

3.8. El principio de moralidad como elemento integrante e integrador del debido proceso, limitante del poder oficioso probatorio del juez

El principio de moralidad o buena fe procesal se constituye en norma que define los linderos o límites de un proceso jurisdiccional pródigo en garantías procesales, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de igualdad y defensa; es a su vez instrumento que guarda de la efectividad de los derechos fundamentales de los justiciables, al constituirse en regla suprema que exige *la plenitud de formas*, excluyente de toda actuación torticera, como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución Política.⁴⁹⁵

El derecho fundamental al debido proceso es el derecho que tienen todas las personas a participar en igualdad de condiciones en procedimientos definitorios de una decisión que afecta sus derechos o intereses, en un escenario libre de trampas y de engaños, que permita ejercer libremente el derecho de contradicción y defensa, desarrollados de conformidad con las formas preestablecidas en el ordenamiento; procedimiento que debe ser dirigido un tercero supraordenados, exclusivo, natural, imparcial e independiente.

Para la Corte Constitucional,⁴⁹⁶ el derecho a un proceso libre de vicios, a la buena fe y a la lealtad de todas las personas que intervienen en el proceso, hace parte del derecho al debido proceso, al respecto ha expresando que es:

[...] todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

[...]

⁴⁹⁵ “[...] el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”.

⁴⁹⁶ Corte Constitucional sentencia T-1 de 1993. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

c) El derecho a la defensa judicial, entendida como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para hacer oír y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado, a la igualdad ante la ley procesal, **el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso**; (N. F. de T.)

Desde sus antecedentes históricos del derecho anglosajón, el derecho al debido proceso se establecía como un escenario procesal libre de trampas o engaños, como lo disponía la Carta Magna en el año 1215, al establecer [...] la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo “en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de tierra”. Desde el juego limpio, se exige igualmente un *fair trial*, es decir, un juicio limpio”.⁴⁹⁷

El principio de moralidad procesal, como integrante del debido proceso, y a su vez cohesionador de los demás principios que lo integran, tiene por finalidad la protección de los derechos de las partes, estableciendo un perfecto equilibrio de sus situaciones procesales, y garantizando de esta manera la prevalencia de los principio de igualdad procesal y bilateralidad de audiencia (derechos de defensa y contradicción), situación que se invierte cuando el juez decreta y practica una prueba de oficio con una clara intención de trasgredir el principio de imparcialidad,⁴⁹⁸ al favorecer dolosamente a una parte con el decreto y practica una prueba de oficio, lo que en el fondo se traduce en la violación al principio de moralidad procesal.

La Doctora Diana María Ramírez Carvajal explica como el principio de moralidad sustenta la “ciencia del derecho procesal”, el cual está inserto en el

⁴⁹⁷ AGUDELO, Filosofía..., Op. Cit., p. 102.

⁴⁹⁸ “Imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa, toda vez que el referido director no debe tener interés en una u otra solución de la controversia que debe resolver”.
Ibíd., p. 130.

macroprincipio debido proceso, compuesto a su vez por “microestructuras”, entre las que se encuentran las reglas éticas, “que permiten su pleno desarrollo, otorgando validez a los componentes fundamentales que ordena la norma constitucional⁴⁹⁹. **Sin una Coherencia en las reglas y su observancia, el debido proceso se convierte en una utopía (...)** El principio de moralidad inserto en el debido proceso exige la buena fe, la probidad y la lealtad; (...)”⁵⁰⁰. (N. F. de T.)

Continúa diciendo nuestra autora, en cuanto al principio de moralidad y su relación con el debido proceso, que:

El debido proceso contiene la forma de hacer efectivo el acceso a la administración de justicia, y como tal es un derecho de protección inmediata. Por vía del principio de moralidad ya expuesto, la lealtad y la buena fe imprimen racionalidad y equilibrio en los trámites procesales; estas reglas son debido proceso, porque el proceso no es un fin en sí mismo sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y ésta tiene la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica⁵⁰¹. (N. F. de T.)

3.9. Tutelas jurídicas contra el decreto oficio de pruebas con violación del principio de moralidad

Partiendo de las premisas que “[...] la prueba es la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación...”,⁵⁰² y que el juez por desconocer los hechos alegados por las partes debe disponer de medios probatorios suficientes y necesarios, que le sirvan para verificar los hechos y determinar la verdad o falsedad de las afirmaciones, y así

⁴⁹⁹ Se refiere al artículo 29 de la Constitución Política.

⁵⁰⁰ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Valoración de la conducta omisiva, oclusiva, mendaz en el debido proceso. (Hechos modificadores de la pretensión y valorables como prueba de indicio) En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 381.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, p. 383.

⁵⁰² COUTURE, Fundamentos..., Op. Cit., p. 177.

obtener la convicción de lo ocurrido o lo dicho, tiene el deber de aplicar a esta actividad procesal, los mandatos que le establece el principio de moralidad procesal, y cuya transgresión conlleva responsabilidades de tipo penal⁵⁰³, disciplinaria,⁵⁰⁴ civil,⁵⁰⁵ administrativa,⁵⁰⁶ la aplicación de la acción de

⁵⁰³ La ley 599 de 2000 (Código Penal) establece sanciones penales para los servidores públicos, entre estos a los jueces, por actuaciones irregulares en el ejercicio del cargo, descritas en los siguientes artículos: Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. Artículo 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. Artículo 415. Circunstancia de agravación punitiva. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro. Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

⁵⁰⁴ El artículo 23 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, establece como falta disciplinaria “la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparador por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

⁵⁰⁵ El artículo 40 del Código de procedimiento civil estableció la responsabilidad del juez por los perjuicios que causen a las partes “Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad”. En la actualidad existe duda si la norma fue o no derogada por los artículos 65 a 74 de la ley 270 de 1996, que reglamentó la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En la actualidad dos sentencias de la Corte Constitucional se refirieron a este artículo de manera contradictoria, por su parte la sentencia C-037 de febrero de 1996, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, reconoce la vigencia del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, y por el contrario la sentencia C-244A de mayo de 1996, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, desconoce la existencia de dicha norma al haber sido subrogado en su integridad por el Capítulo VI del Título 111 de la ley 270 de 1996, frente a esta diversidad de criterios jurisprudenciales el profesor Jairo López Morales opina que “Considero que mientras no sea derogado o subrogado de forma expresa por otra ley, o mientras la Corte Constitucional no se pronuncie de fondo en fallo de inexecutable, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, deberá acogerse a lo expuesto en la sentencia C-037/96, que es de fondo y aplicarse, para los casos en los cuales la víctima del perjuicio opte por demandar al Magistrado o al Juez, por la vía ordinaria, ante la Sala Civil del Tribunal Superior respectivo o ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. [...] El artículo 40 en mención no es incompatible con las normas contenidas en los artículos 65 a 74 de la ley 270 de 1996; no las contraría, razón por la cual pueden aplicarse independientemente, en los precisos eventos que explicamos en esta obra. Es decir, que

repetición,⁵⁰⁷ y la posibilidad del afectado de encontrar en el ordenamiento jurídico garantías jurídicas de protección de sus derechos, como la recusación, la acción de tutela, el recurso de casación y la acción de revisión.

Desde este punto de vista, el juez tiene el deber de actuar conforme con los postulados que integran el principio de moralidad procesal, como son la buena fe, la lealtad y la probidad, ya que de su desempeño conforme con este imperativo pende la realización del objeto de los procedimientos,⁵⁰⁸ que no es más que la efectividad del derecho o plena realización de la justicia.

si la víctima opta por demandar al juez o magistrado personalmente, tendrá que tramitar el proceso ante la justicia ordinaria, con aplicación del artículo 40". LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad del Estado por error judicial. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 1997. p. 404.

⁵⁰⁶ La Corte Constitucional en la sentencia C-244 A, de 1996 al analizar la constitucionalidad del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la responsabilidad administrativa del Estado, por los actos del juez, la Corte expresó que "Ello significa que los particulares afectados por perjuicios que hayan tenido origen en el dolo o en la culpa grave de quienes administran justicia deben actuar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por el mecanismo de la reparación directa, con base en cualesquiera de las causales señaladas en el nuevo ordenamiento".

⁵⁰⁷ Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, que estableció la responsabilidad del Estado, el artículo 2° de la ley 678 de 2001 definió la ACCIÓN DE REPETICIÓN como una "acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. El párrafo 3° del artículo 2° dispuso que la acción de repetición también se ejercería en contra de los funcionarios de la Rama Judicial conforme "[...] con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia". El artículo 5° estableció que la conducta es dolosa "[...] cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.", y que se presume la existencia del dolo en el agente público cuando se expide resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. La ley consagró tres condiciones para su aplicabilidad a. Que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, (artículo 7 de la ley 678 de 2001). b. Que la sentencia o la conciliación haya sido integralmente pagada por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11 de la ley 678 de 2001). c. Que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (párrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001).

⁵⁰⁸ Establece el artículo 4° del C. de P. C. que el juez al interpretar la ley procesal deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

En este sentido, para que el principio de moralidad o buena fe procesal tenga plena aplicación en la etapa probatoria, se requiere que la petición, decreto (oficioso o a solicitud de parte) y práctica de las pruebas, satisfaga previamente el cumplimiento de los todos los requisitos legales, establecidos por las normas procesales, tal como lo ha entendido el procesalista Jairo Parra Quijano, al denominar esta exigencia como el principio de “formalidad y legitimidad de la prueba”, que consiste en que “[l]a prueba para ser aprendida, para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar y, además, su inmaculación, es decir, exenta de vicios como dolo, error, violencia, etc.”⁵⁰⁹

Tal principio es reafirmado por la Corte Constitucional,⁵¹⁰ al expresar el juez no puede actuar en el proceso jurisdiccional de manera arbitraria y caprichosamente, violentando el debido proceso y otros derechos fundamentales, lo que hace que la decisión judicial admita la acción de tutela como mecanismo corrector de la desviación o vía de hecho, en tal sentido la Corte afirma que:

Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso, consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia. La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho.

[...]

⁵⁰⁹ QUIJANO, Manual..., Op. Cit., p. 11.

⁵¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-504 de 1998.

En el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas se exigen ciertos requisitos consagrados en el Código de Procedimiento Civil que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas, es decir, son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes.

El juez al decretar una prueba de oficio, (o dejar de decretarla), violando el principio de moralidad o buena fe procesal, trasgrede dos potísimas garantías procesales: la legalidad del juez y la legalidad de la audiencia, al lesionar el derecho fundamental del justiciable a ser procesado por un tercero exclusivo, natural, competente, independiente e imparcial, y el derecho a la bilateralidad de audiencia (igualdad de las partes en el proceso y paridad para demandar).

De igual manera el juez al decretar una prueba de oficio, (o dejar de decretarla), violando el principio de moralidad o buena fe procesal, perjudica el pleno ejercicio del derecho de defensa de la parte afectada, y por ende el derecho fundamental a la igualdad a un proceso con todas las garantías procesales (art. 29 de la C. P.), al dejar en condiciones de inferioridad al justiciable a quien se le coartan o limitan sus derechos a la impugnación de un decreto oficioso probatorio contrario al principio de moralidad o buena fe procesal, “[e]n consecuencia, una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la plena igualdad de trato entre los litigantes”.⁵¹¹ En tales circunstancias continúan siendo válido el mecanismo de la acción de tutela como mecanismo corrector de la desviación o vía de hecho.

La acción contenciosa por responsabilidad extracontractual del Estado,⁵¹² para buscar la reparación de un daño causado por el defectuoso funcionamiento de la

⁵¹¹ *Ibíd.*, p. 87.

⁵¹² La acción de reparación directa contra el Estado procede además por el defectuoso funcionamiento de la Administración de justicia, por la falla o falta del servicio por parte de un servidor judicial, “El factor de atribución puede encontrarse también, cuando el Juez, Fiscal, funcionario o empleado del Despacho Judicial correspondiente, actúa imperfectamente; cuando falla por acción, por omisión, por negligencia, o por inobservancia de las normas que establecen

Administración de justicia o el error judicial, es un mecanismo de defensa jurídica con el que cuenta el justiciable ante un decreto de pruebas oficioso, abiertamente caprichoso o abusivo, por esto con atinada razón afirma el profesor JAIRO LÓPEZ MORALES que “Un juez incurre en error jurisdiccional cuando dicta sentencia contraria a la ley. Pero también puede incurrir en error cuando, por ejemplo, practica una diligencia en forma incorrecta, abusiva o sin cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, causando a las partes un daño antijurídico”.⁵¹³

La Corte Constitucional⁵¹⁴, al efectuar el control previo de constitucionalidad del texto del proyecto de ley estatutaria de la justicia (ley 270 de 1996), se pronunció sobre el error jurisdiccional, consagrado en artículo 66 del proyecto de ley, admitiendo la posibilidad de que se pueda impetrar una acción de tutela contra esta clase de errores jurisdiccionales,⁵¹⁵ materializado en una providencia judicial, para que la misma quede sin vigencia; al respecto expresó lo siguiente:

Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que

los procedimientos pertinentes, bien sea cuando falta total o parcialmente el servicio o cuando lo presta de una manera deficiente, torpe, grosera o desacertadamente, es decir, cuando viola una obligación a su cargo. Es la ley la que ordena al Administrador de Justicia el trámite que debe cumplir de acuerdo a la naturaleza del proceso. Cuando el funcionario se aparte de esos dictados, está incumpliendo una obligación legal”. LÓPEZ, Responsabilidad..., Op. Cit., p. 418.

⁵¹³ LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad del Estado por error judicial. Op. Cit., p. 382.

⁵¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.

⁵¹⁵ En otro pronunciamiento relacionado con este mismo tema, la Corte Constitucional dijo: “En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho. “En tales casos, desde luego, el objeto de la acción y de la orden judicial que puede impartirse no toca con la cuestión litigiosa que se debate en el proceso, sino que se circunscribe al acto encubierto mediante el cual se viola o amenaza un derecho fundamental”. Corte Constitucional, sentencia T-173 de 1993.

se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas –según los criterios que establezca la ley–, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”.

Otra tutela jurídica en contra del decreto oficioso probatorio, o su omisión, con violación del principio de moralidad o buena fe procesal, mediante maniobras maliciosas o fraudulentas del juez, la encontramos con la utilización de los recursos extraordinarios de casación y revisión.

Ha dicho la Corte Suprema de justicia que el recurso excepcional de casación no es una tercera instancia, en donde se discuta el litigio, sino lo que se enjuicia es una sentencia, bajo unos taxativos requisitos legales de admisión y procedibilidad del recurso, expresados por la ley, teniendo como “[...] principal objetivo el restablecimiento de la ley quebrantada por el juzgador de instancia, restablecimiento a que se subordina el interés privado de los litigantes”.⁵¹⁶

Es posible que el juez, actuando en contravía del principio de moralidad procesal, omita decretar una prueba de oficio, teniendo la necesidad de decretar y practicar una prueba de oficio impuesta por la ley, emite una sentencia absurda, contraía a los mandatos de la justicia, incurre en un error de derecho, y da lugar al recurso extraordinario de casación.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de abril 23 de 1998, expediente 5014.

⁵¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1998, reiterada en sentencia del 11 de noviembre de 1999, 5 de mayo de 2000, 16 de agosto de 2000, 7 de noviembre de 2000, 15 febrero 2001. Ya con anterioridad la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de septiembre de 1994, había afirmado que “La omisión del decreto oficioso de pruebas configura error de derecho y da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible, pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inficioso o imposible desde el punto

El recurso extraordinario de revisión, que tampoco es otra tercera instancia, sería otro escenario jurisdiccional plausible en donde se podría romper la inmutabilidad e obligatoriedad de una sentencia, proferida con violación del derecho de defensa, debido proceso, mediante maniobras maliciosas o fraudulentas del juez, al omitir o decretar pruebas de oficio con violación del principio de moralidad o buena fe procesal.

Afirma el profesor Pedro Pablo Cardona que

[e]l recurso de revisión, fue instituido por el legislador, con alta finalidad ético-jurídico de retirar del ordenamiento jurídico las sentencias judiciales que, aunque hubieren alcanzando la fuerza juzgada, hubieren sido obtenida de manera ilícita, o con desconocimiento del derecho de defensa, o con vulneración de la propia cosa juzgada anterior, pues en el conflicto planteado ante la intangibilidad y definitividad que se imprime a las sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, con la justicia como valor supremo del Derecho, optó el legislador por esta última, para

de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con elementales dictados de justicia". Al respecto en otra sentencia la Corte Suprema de Justicia dijo: "El juez incurre en error de derecho cuando no decreta pruebas de oficio para demostrar la cuantía de los perjuicios en procesos de responsabilidad civil (...) En tal evento, o sea el de proveer sobre la condena al pago de perjuicios por una suma determinada, es claro que no puede quedar al arbitrio del funcionario el decreto de pruebas de oficio, toda vez que siempre, en aquellos casos en que no aparezca u obre irregularmente la prueba de la cuantificación del daño por cuya reparación propugna el demandante, resultará menester disponer todas y cada una de las medidas encaminadas a concretar la condena, pues de no hacerlo violaría flagrantemente el artículo 307 ibídem, con las consecuencias jurídicas que tal infracción implica, una de las cuales es la configuración de un yerro jurídico de carácter probatorio, a cuya enmienda se halla precisamente instituido el recurso de casación". Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2004, Exp. 7273. M.P. César Julio Valencia Copete., en sentencia del año 2009 la Corte Suprema de Justicia reitero su posición de que no decretar pruebas de oficio estructura un error de derecho, atacable vía recurso extraordinario de casación, en ella dijo: "Evidente la presencia de Nulidad por cercenar el derecho a probar, prescindiéndose de la oportunidad para decretar y practicar las pruebas necesarias con la finalidad con la finalidad de determinar la cantidad y valor de los frutos. En proceso civil donde se demandaba la declaración de un contrato mercantil de promesa de permuta de varios bienes, el fallador de de primera instancia declaró no probada la existencia del contrato mercantil de promesa de permuta y ordenando la restitución de las cosas como estaban al momento de celebrar el contrato. Situación que generó la apelación por desconocer la devolución de los frutos, pero el Tribunal no los reconoció por falta de pruebas. La Sala de Casación encontró que el Tribunal incurrió en error de derecho por no pedir pruebas de oficio tendientes a determinar la cuantía de los frutos. Casa" Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009), Magistrado Ponente: Dr. WILLIAM NAMÉN VARGAS, Exp. 05001-3103-014-2001-00177-01.

evitar el efecto pernicioso de mantener en pie una sentencia inicua, a pesar de encontrarse demostrada su iniquidad.

La recusación es otro instrumento de defensa en contra del juez, cuando éste tiene o ha tenido una relación con una de las partes o con la litis del proceso, lo que puede afectar su imparcialidad, corriéndose el riesgo que al encontrarse incurso en una causal de recusación, y no sea recusado, decrete pruebas de oficio, o omitir este deber, con violación del principio de moralidad o buena fe procesal. Mediante este instituto procesal, y por las taxativas causales establecidas en la ley, se logra que el proceso sea conducido por un juez imparcial con las partes y neutral con el objeto del proceso, lo que le garantiza el derecho de igualdad de las partes en el proceso.

El recurso de apelación⁵¹⁸ es también un medio de defensa contra los actos del juez contrarios al principio de moralidad procesal, al dejar de decretar y practicar una prueba de oficio que era trascendental para el proceso, para decir el caso, aquí el recurso de apelación que impugna una sentencia de primera instancia, se puede fundamentar en la omisión negligente del juez al haber dejado de practicar una prueba de oficio⁵¹⁹.

Es dificultoso probar el actuar fraudulento de un juez, al decretar, o dejar de decretar, pruebas de oficio, con violación del principio de moralidad, dado que el juez cuenta con un amplio margen de competencia en el campo probatorio, al otorgarle la ley libertad para decretar, practicar y valorar las pruebas.

⁵¹⁸ Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “Aunque la legislación procesal civil colombiana adopta un criterio principalmente de estirpe dispositiva, es claro que en materia probatoria prevalece la inspiración inquisitiva, razón suficiente para concluir que el decreto oficioso de pruebas en segunda instancia, hayan sido pedidas o no por las partes en las oportunidades legales, no infringe el ordenamiento jurídico”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007), Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, radicado 11001-02-03-000-2007-01679-00

⁵¹⁹ Cfr. VILLAMIL PORTILLA. Edgardo. Algunas tendencias actuales de la Corte Suprema de Justicia y un intento de fundamentación. En Ponencias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 1998. p. 1024.

En el Código de procedimiento civil se consagra el deber-poder oficioso probatorio del juez, sin que el decreto de pruebas tenga posibilidad de ser impugnado y revisado por el superior, al no proceder los recursos contra la providencia que lo ordena,⁵²⁰ pero en la actualidad se vislumbran cambios legislativos más garantistas para las partes, que de una u otra manera sirven de control a la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas de oficio; en la ley 1437 de 2011, por la cual se expidió nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró en el artículo 213, “[d]entro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio”, la facultad de las partes para aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, “[s]iempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio”, también se observa como en el mismo artículo, y como medio de control del poder oficioso probatorio, se consagra el deber del juez de “[d]ecretar y practicar conjuntamente con las peditas por las partes”.

Se concluye del anterior capítulo que el poder oficioso probatorio el juez tiene claros y precisos límites constitucionales y legales, poder que encuentra legitimidad en el equilibrio entre la finalidad del proceso por el logro del cometido Estatal de dispensar justicia material en cada caso sometido a su conocimiento y decisión, y las garantías procesales de las partes a un juez imparcial.

El proceso jurisdiccional le impone al juez, como límite a la discrecionalidad oficioso probatoria, el respeto por la justicia, la dignidad humana, y los derechos fundamentales de las partes, la protección, prevalencia y efectividad de los derechos subjetivos, el acceso a la justicia, la verdad real, la igualdad de las partes, y como complementación a estos límites el principio de moralidad procesal

⁵²⁰ El artículo 179 del Código de procedimiento civil prescribe que contra las providencias que decreten pruebas de oficio no procede recurso alguno.

le atribuye el deber lealtad procesal, como parte integrante e integrador del debido proceso.

En un Estado Social de Derecho el proceso jurisdiccional, gobernado por el interés general o público⁵²¹, la verdad mediatizada por el proceso adquiere una alta relevancia en el ejercicio de dispensar justicia social o material a los justiciables, por la importancia de no obtener una falsa, formal o aparente verdad procesal, de obtener cualquier resultado en el proceso, sino por el contrario la averiguación de la verdad⁵²² para proferir una sentencia de fondo, de convencimiento o certeza de

⁵²¹ “Siendo el fin de la prueba llevar certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesas de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción”. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de.... Op. Cit., p. 15,16.

⁵²² En torno a la discusión si la prueba judicial tiene la finalidad de la búsqueda de la verdad o el convencimiento o la certeza subjetiva del Juez, el profesor DEVIS ECHANDIA expresaba lo siguiente: “a) *Doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad.* – Defienden esta tesis, entre otros, BENTHAM, RICCI y BONNIER. Esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar. La mayoría de los autores modernos la rechazan. (...) b). *Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez.* Los autores que sostienen esta segunda teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que, por lo tanto, exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen. Defienden esta tesis la gran mayoría de los autores modernos. En Colombia comparten esta tesis, ROCHA, ALZATE NOREÑA Y GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ”. (...) d) *Nuestro concepto.*- La verdad es la identidad del conocimiento o de la idea con el objeto de éste, vale decir, con la cosa o el hecho, *adaequatio rei et mentis* o *adaequatio intellectus et rei*. De manera que la verdad, como decía SAN AGUSTÍN es la cosa misma: *verum est id quod est*. Sin embargo, ella nos llega, bien directamente de la inteligencia, y en ese caso la llamamos metafísica, o a través de los sentidos propios o de los sentidos de terceros que nos la narran, y entonces se habla de verdad física e histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad del error, esto es, de la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento que adquirimos de él. Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por lo tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función, no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, sin que por ello dejen de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso voluntario, con arreglo a lo que considera que es la verdad”. *Ibíd.* pp. 74,75. La profesora Mabel Jaramillo Londoño, en relación a la importancia de la verdad real en el proceso ha expresado que: “Así, pues, tenemos que el fundamento esencial de la justicia, que se erige como un fin del Estado, es el establecimiento de la verdad de los hechos, ya que la verdad es un presupuesto esencial de la justicia. Pero, alcanzar

la realidad de los hechos discutidos por las partes en el proceso, y porque ante la presencia de pruebas deficientes, con el fin de evitar nulidades procesales y sentencias inhibitorias, tener certeza del objeto litigioso; así y para evitar una denegación de justicia, el ordenamiento jurídico le otorga al juez la dirección formal y material del proceso; por esto, el juez no solo puede sino que debe decretar pruebas de oficio, con lo que complementa las pruebas pedida por las partes, respetando de paso el principio dispositivo, sin relevar a la parte del imperativo jurídico de probar los supuestos de hecho que consagran la normas jurídicas.

La utilización del poder oficioso probatorio no implica la pérdida de imparcialidad, ni desconocimiento del derecho de igualdad de las partes, ni al derecho fundamental a la prueba⁵²³, o el de defensa, al tener el deber jurídico de no tener impedimentos o conflictos de interés en el proceso, lo que garantiza su imparcialidad, por ello, debe permitir el derecho de contradicción de las partes en la práctica de la prueba; de esta manera, el decreto oficioso de pruebas debe estar conforme con lo normado por el principio de moralidad procesal, se debe fundar en pruebas regular, oportuna y legalmente practicadas.

El juez al decretar la prueba de oficio, mejora su capacidad de valoración de la prueba, por esto debe estar libre de vicios, pues en caso contrario sería afectada

este particular fin del Estado, exige del juez el ejercicio de unos poderes tendentes a la averiguación de esa verdad que aparece develaba en el proceso, en razón de ello, no puede permanecer como un mero espectador del debate, y es precisamente en este sentido, en donde aparece la modulación del sistema dispositivo adoptado en el proceso civil, en atención al interés público de la justicia". JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el...Op. Cit., pp. 7-8.

⁵²³ "Para introducirme en el tema de esta ponencia, quiero proclamar la independencia del derecho probatorio de otros ordenamientos jurídicos, y además quiero darle el carácter de derecho sustancial; porque para mí, hoy, no cabe duda que el derecho a probar **no es instrumental sino fundamental**, en la medida que es el ejercicio de demostrarle a la autoridad que la versión de los hechos que estoy dando en el proceso es la que se compadece con la verdad ocurrida, dicho derecho, no puede ser desconocido, inatendido, ignorado ni conculcado por las demás partes del proceso ni por la propia autoridad; **de ahí su relación con la buena fe y la lealtad procesal**". (N. F. de T.) SUÁREZ ROJAS, Jimmy. La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y el comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003., p. 485.

de nulidad legal y constitucional. El decreto, práctica y valoración de la prueba de oficio debe estar guiada por la objetividad, sin conocimiento privado, libre de influencias externas, criterios subjetivos, intereses particulares, prejuizgamientos, intuiciones, sospechas, o actos torticeros.

Si el fin último de los proceso es la justicia y el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, las facultades probatorias oficiosas del juez encuentran plena legitimidad y legalidad con lo pedido por las partes, y para el logro de este objeto jurídico, propio del derecho de acción, el principio de moralidad procesal (buena fe procesal) guarda el deber de lealtad del juez con las finalidades del proceso, la cual es base fundamental para la materialización y vigencia de los valores y principios sumos de la Administración de justicia.

4. DISEÑO METODOLÓGICO

4.1. Tipo de estudio

El trabajo tiene una fundamentación teórico analítica, con un método cualitativo, en cuanto a que se realiza un análisis de los fundamentos teóricos del principio de moralidad procesal como límite a los poderes de instrucción con relación a la prueba de oficio.

4.2. Población

La población está representada de forma indiscriminada por los artículos de revista, ensayos, libros, ponencias, seminarios, conferencias y documentos existentes sobre el tema objeto de estudio, presentados por tratadistas y doctrinantes, tanto los que versen sobre el derecho nacional como sobre el derecho internacional. Así mismo por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, y en general por leyes y Códigos colombianos, cuyas normas sirvan de referencia.

4.3. Diseño del plan de datos

4.3.1. Gestión del dato. En esta fase de la investigación se revisarán revistas, libros, ponencias y escritos en general que reposan en las diversas bibliotecas y bases de datos de las Universidades de la ciudad, para tal efecto se tramitarán las autorizaciones ante las autoridades competentes para el acceso y obtención del material bibliográfico idóneo que facilite la obtención de datos de la investigación (se anexan formatos de autorizaciones).

4.3.2. Obtención del dato. Los datos se obtendrán principalmente de las fuentes secundarias que desarrollen el tema objeto de estudio que se encuentren archivos

y bibliotecas, a partir de la bibliografía referenciada; se consultará igualmente revistas, obras y literatura especializada, páginas Web, ponencias, sentencias de las altas Cortes, normatividad sustancial y procesal, entre otros.

4.3.3. Recolección del dato. La recolección de los datos estará a cargo del investigador, atendiendo las sugerencias y recomendaciones de la asesora temática y de los expertos a quienes se consulte, tal y como se viene efectuando desde marzo de 2006 hasta noviembre de 2008, en bibliotecas, librerías y páginas jurídicas de la Internet.

4.4. Control de sesgos

A fin de evitar que la investigación se desvíe del objeto de estudio, reducir al máximo la subjetividad, controlar celosa y racionalmente el proceso investigativo, y de paso conjurar cualquier sospecha de manipulación que se presente, se realizará aleatoriamente y periódicamente **controles de sesgos de información, confusión y selección** a los datos recolectados.

En cuanto al control de sesgos de **información** en relación al sujeto investigador, se realizará un control mediante la autoevaluación y reflexión de la objetividad demostrada, la caracterización del trabajo como investigador serio y responsable, lejos en la medida de lo posible de la subjetividad y los prejuicios que afectan el análisis racional.

En cuanto al control de sesgos de **información** en relación al objeto, se realizará un control cada dos meses, dependiendo del material recolectado, mediante la confrontación de autores representativos de las diferentes corrientes filosóficas de pensamiento, que permitan verificar si está o no bien orientado el objeto de estudio. Igualmente se realizarán análisis parciales de lo investigado en los

diferentes autores a fin de constatar el aporte epistemológico al logro de los objetivos.

En cuanto al control de sesgos de **información** en relación a los instrumentos se verificará que las fichas bibliográficas y los resúmenes comentados se adecuen y cumplan con los estándares y requisitos exigidos.

En el control de sesgos de **selección** se realizará un muestreo de los datos recolectados, para verificar que esté bien orientada la investigación, verificando que los datos seleccionados muestren un equilibrio conceptual en cuanto a las diferentes posiciones doctrinarias divergentes.

El control de sesgos de **confusión**. Habiendo agotado los controles de sesgos anteriores y si por cualquier eventualidad se derogan, modifican o subrogan las normas legales que consagran el principio de moralidad procesal, o acontece algo inesperado que varíe el objeto de estudio, aún así y contando con el apoyo de la asesora temática se continuará con la investigación.

4.5. Procesamiento de datos

Dado el carácter netamente teórico de la investigación, el procesamiento de datos se realizará aplicando procesadores de texto Word. Se digitalará y elaborará una base datos, la cual será clasificada y ordenada por temas de acuerdo con los diferentes objetivos propuestos, que facilite estructurar los diferentes planteamientos y análisis teóricos.

En esta etapa del procesamiento de los datos se revisará en las fichas bibliográficas y resúmenes comentados los datos obtenidos, su contenido conceptual, la coherencia temática, aporte al desarrollo del tema y fidelidad de los datos obtenidos.

4.6. Plan de análisis

Con base en los datos obtenidos se irá verificando el cumplimiento de los objetivos, se realizará un análisis de los conceptos, definiciones y tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, los cuales se presentarán y discutirán con la asesora metodológica.

Con la información obtenida del estudio de las jurisprudencias, la doctrina jurídica, de la revisión bibliográfica, y mediante el uso de fichas bibliográficas y resúmenes comentados, se estructurarán las diferentes categorías conceptuales que permitan una adecuada construcción teórica, para el logro de los objetivos y un previo ensayo del alcance de las conclusiones.

5. CONCLUSIONES

Se inició la presente investigación sobre EL PRINCIPIO DE MORALIDAD PROCESAL, UN ANÁLISIS DESDE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN EN RELACIÓN CON LA PRUEBA DE OFICIO, sin la pretensión de profundizar y definir los temas aun sin resolver entre filosofía jurídica y la ciencia del derecho, sobre la moral y su relación con el derecho, aunque fue necesario abordar estos temas, pues hacen parte de su contextualización conceptual, en lo que respecta a la moral se expuso su funcionalidad social, su historia, estructura normativa, su ámbito o fuero de aplicabilidad, su diferencia con la ética, el deslinde, distinción o relación conceptual entre derecho y moral, entre otros aspectos que pasamos a sintetizar en las presentes conclusiones.

En el desarrollo de la investigación se tuvo como maderaje a las normas Constitucionales, las reglas procesales y sustanciales, la jurisprudencia y la doctrina, relacionadas con el principio de moralidad procesal como límite al poder oficioso probatorio, en un debido proceso.

Además, la investigación tuvo como materia subyacente los derechos a la prueba judicial, de acción o a la tutela judicial efectiva, de igualdad, la prevalencia del derecho sustancial, de defensa, a la verdad material, a la justicia material, el principio de necesidad de la prueba, la celeridad procesal, a los cual sirve el principio de moralidad como garantía procesal de las partes y del respeto por el debido proceso, en su función regulador y habilitante de los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio.

Por ello, para la verificación de la hipótesis formulada, la investigación se orientó en primer lugar a discurrir la conceptualización sobre la moral como orden normativo, regulador de las conductas y acciones de las personas, relacionada con la justicia, la bondad, la conciencia o el fuero interno del ser humano, las

facultades del espíritu por contraposición a lo físico o corporal, por esto se puede afirmar que la moral conecta a la persona con la conciencia moral y ésta con su espiritualidad.

De gran importancia para la presente investigación fue el estudio sobre la moral, dado que este orden normativo trasciende del mero ámbito subjetivo o individual a todos los ámbitos de la actividad humana, entre estas las jurídicas, por la fuerza normativa de las prácticas reiterativas, generales e inveteradas; también conocidas en el derecho positivo como las buenas costumbres, el cual es también de aplicación en el derecho procesal.

La investigación concluye que la moral es un *régimen normativo difuso*, de lenta evolución, sin codificación y bastante controvertido, con indeterminación conceptual, falta de certeza, no cuenta reglas oficiales o codificadas, sin procesos deliberados para la construcción de la norma, sin formas dinámicas de cambio de las normas, con deficiente presión social o fuerza coercitiva para hacer cumplir las reglas y sin órganos encargado de crear la norma, de imponer la sanción y administrar su ejecución, no obstante lo anterior su efectividad para ordenar las conductas es reconocida en las sociedades donde tienen reconocimiento o *legitimidad*, con atributos de autonomía, unilateralidad, incoercibilidad e interiorización preponderante.

En contraste con los atributos de de autonomía, unilateralidad, incoercibilidad e interiorización preponderante, al Derecho le atribuyen los de heterónoma, bilateralidad, coercibilidad y exteriorización determinante, aunque estos rasgos sirven de distinción conceptual entre el Derecho y la Moral han sido considerados inexactos, ya que por ejemplo, en el derecho también es importante el fuero interno, las intenciones, como por ejemplo el dolo como elemento subjetivo del tipo penal. En lo que si se diferencian claramente es en su estructura normativa ya

que la moral impone deberes no sujetos a condición alguna, y el derecho los impone condicionados según lo establecido un supuesto normativo.

La moral como el derecho han facilitado la creación de la cultura y la civilidad, ordenan la convivencia civilizada, pacífica y de cooperación entre los congéneres, permitiendo su supervivencia, tiene como sujeto destinatario de sus prescripciones al hombre plenamente capaz, dotado de voluntad, entendimiento y libre albedrío. Ambos regímenes normativos buscan la realización de un valor, muchas veces convergente entre los dos ordenamientos.

En cuanto a la relación, distinción o separación conceptual entre el derecho y la moral, que es un problema de la ciencia jurídica y la filosofía jurídica aun sin resolver, en la presente investigación concluimos que el derecho no puede escindirse de la moral, al tener desde la ontología al hombre como sujeto destinatario de los principios y valores de las que son portadoras las normas, tanto las de origen jurídico como las que dimanan de la moral; prueba de ello lo constituyen en las modernas constituciones del mundo, que en forma de principios o derechos fundamentales han positivizado el derecho natural, creando una evidente conexión entre el derecho y la moral, tal como lo ha reconocido y aplicado una parte importante de la doctrina y nuestra jurisprudencia patria.

El derecho como la moral no son fines en sí mismo, están al servicio del hombre, y por lo tanto no es posible considerar al hombre en sociedad como un ser amoral; por lo tanto, si el derecho interfiere coercitivamente las relaciones intersubjetivas entre las personas, regula inevitablemente relaciones morales, situación que es más clara cuando se positivizan los valores y principios morales tanto en los principios jurídicos como en las reglas, lo cual evidencia la íntima conexión existente entre el derecho y la moral.

Dado que nuestra investigación sobre el principio de moralidad procesal, como

límite de los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso, fue orientada hacia el derecho procesal, concluimos que la moral le da contenido material al derecho procesal, le introduce de manera general valores y principios, que permean toda la actividad procesal y en especial la probatoria.

En este sentido el principio de moralidad, norma fundamente del correcto funcionamiento y organización de nuestra sociedad, vincula al juez como garante de su aplicación en toda la actividad procesal, y en especial en la argumentativa, valorativa, decisoria y hermenéutica, al ser el sujeto obligado o pasivo de la relación jurídica procesal, creada con el justiciable en razón al derecho constitucional de acción; y por ende, sujeto destinatario de toda la activada probatoria, al que le aplican todos los deberes de control o limitación del poder oficioso probatorio.

En cuanto al principio de moralidad procesal como norma principio, concluimos que es una norma que al ser principio prevalece sobre las normas reglas, recreándolas, desarrollándolas y adecuándolas a la realidad, por ser fuente o cantera general axiológica de variadas y amplias situaciones que no comprenden las reglas, es aplicable no solo como fuente subsidiaria o auxiliar de la actividad judicial, tal como lo establece el inciso 2º del artículo 230 constitucional, sino como fuente principal del ordenamiento jurídico, vinculantes por ser la Constitución la ley superior del ordenamiento.

La constitucionalización de la principalística jurídica ha tenido como efecto que la validez jurídica de las normas no sea meramente formal sino también material; es decir, por una parte existe la validez formal del derecho, donde una norma determinan la existencia y pertenencia de las demás normas al ordenamiento y, por otro lado, está la validez material del derecho donde una norma superior del ordenamiento determina, fundamenta o da contenido axiológico la norma inferior.

En nuestra Constitución Política se ha positivizado de manera expresa la moralidad como norma principio, (art. 209), la cual reconoce la existencia de una moral social (art. 34), y entre otros principios de contenido moral se destaca la consagración superior del principio de la buena fe, de connotado contenido e influencia moral en el derecho positivo, de gran relevancia para la presente investigación como principio general del derecho procesal, y de gran aplicación en el derecho probatorio al exigirle al juez un comportamiento acorde con el principio de buena fe cualificada o exenta de culpa, para el ejercicio del poder oficioso probatorio, principio que tiene un desdoblamiento en el proceso, y en especial en la etapa probatoria, de buena fe lealtad o probidad con los valores y principios sumos de la administración de justicia (buena fe activa) y de buena fe confianza legítima (buena fe pasiva)⁵²⁴, de los justiciables con su actuar correcto e impecable en la actividad oficiosa probatoria, principio de gran importancia en el control de los actos procesales del juez y como límite a toda la actividad oficiosa probatoria que trasgrede el derecho a la igualdad procesal, la tutela judicial efectiva, el derecho a la prueba judicial y la justicia material.

Por esto, el principio de moralidad aplicado al proceso jurisdiccional se traduce en lealtad o probidad procesal (buena fe activa) para todos los sujetos que intervienen en el proceso; instituido como deber del juez por el numeral 2º del

⁵²⁴ “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (...); (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado (...) 3.3 El valor normativo formal de la doctrina judicial es una consecuencia de la seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia, cuya garantía resulta indispensable para el ejercicio de las libertades individuales (...)1 0. En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias (...) El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado¹⁵ como administrador de justicia.¹⁶ Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”. Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001.

artículo 153 de la ley 270 de 1996, y para las partes en el numeral 3 del artículo 37 del Código de procedimiento civil, y 71 *ibídem*, el cual exige a todos los sujetos y órganos procesales, como condición *sine cuanom* de participación en la actividad probatoria, un comportamiento acorde con los postulados de la buena fe, lealtad procesal y probidad en todas las actuaciones, para la consecución de la verdad material, lo cual tiene sustento en los artículos 13, 29, 228 de la Constitución Política, artículo 1° de la ley 270 de 1996 y artículos 2°, 4°, 37, 38, 179 y 180 del Código de procedimiento civil.

Por esta razón, los actos jurídicos procesales probatorios del juez deben ser inmaculados, libres de vicios o desviaciones, cumpliendo en todo momento con el deber de lealtad con el ordenamiento jurídico como lo instituye la ley 270 de 1996, asegurando el cumplimiento de los valores jurídicos, entre estos el de buena fe procesal, y cuyo incumplimiento es sancionado en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política, al establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que el sean imputables, tanto por acciones u omisiones del operador judicial, y aquellas que sean consecuencias de conductas dolosas o gravemente culposas como lo prescribe la Constitución y el artículo 71 de la ley 270 de 1996.

Entre estos actos probatorios el decreto oficioso de pruebas ocupa un lugar preponderante en la aplicación del principio de moralidad procesal, el cual debe ejercitarse para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, por ello es un deber del juez motivar su acto argumentando su utilidad, necesidad, pertinencia procesal.

En este sentido el principio de moralidad procesal integra el derecho al debido proceso, garantizando de esta manera la prevalencia de los principio de igualdad procesal y bilateralidad de audiencia (derechos de defensa y contradicción); procedimiento que debe ser dirigido por un tercero supraordenado, natural e

independiente, para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El actuar del juez de manera arbitraria y caprichosa al decretar la prueba de oficio, o dejar de decretarla, violenta el debido proceso, lo que hace que la decisión judicial admita la acción de tutela como mecanismo corrector de la desviación o vía de hecho.

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece otros mecanismos de defensa judicial contra la actuación arbitraria y caprichosa del juez al decretar la prueba de oficio, o dejar de decretarla, pero ya de contenido restaurador de los daños y perjuicios, esta es la acción de reparación directa por responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea por el defectuoso funcionamiento de la Administración de justicia o por el error judicial.

También existe otra tutela jurídica en contra del decreto oficioso probatorio, o aún de su omisión, con violación del principio de moralidad o buena fe procesal, con la utilización del recurso extraordinario de casación, y el de revisión contra una sentencia proferida con violación del derecho de defensa, debido proceso, mediante maniobras maliciosas o fraudulentas del juez.

La recusación, con argumentos claramente sustentados, se convierte en un instrumento judicial de defensa en contra del juez que tiene o ha tenido una relación con una de las partes o con la litis del proceso, lo que puede afectar su imparcialidad al decretar las pruebas de oficio, o omitir este deber, con violación del principio de moralidad o buena fe procesal.

Reconocemos que es dificultoso probar el actuar fraudulento de un juez, al decretar, o dejar de decretar, pruebas de oficio, con violación del principio de moralidad, dado que el juez cuenta con un amplio margen de competencia en el

tema de prueba, y al no contar el justiciable con la posibilidad de interponer los recursos de ley en contra de un decreto oficioso de pruebas.

Se concluye con este marco conceptual, que la iniciativa oficiosa probatoria que despliega el juez para despejar la incertidumbre jurídica de los hechos controvertidos y alegados por las partes, o para ejecutar lo decidido o la prestación insatisfecha, que adquiere igualmente una connotación de interés público, es controlada y limitada por el principio de moralidad procesal, como principio integrante del debido proceso, al consagrar de manera expresa el deber del juez de actuar con moralidad; esto es, con lealtad o buena fe procesal; así, el principio de moralidad procesal sirve de rasero o parámetro examinador de toda conducta procesal y probatoria del juez.

6. RECOMENDACIONES

Teniendo en consideración el numeral 2º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, que señala como deber del juez: "Desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo", y como un aporte del presente trabajo investigativo a las instituciones y personas encargadas de administrar justicia; presentamos las siguientes recomendaciones aplicables en lo moral y en lo jurídico al proceso civil, que pueden ayudar al correcto funcionamiento del aparato judicial, en cuanto sirven de garantía al debido proceso al estar orientadas al correcto proceder del juez al decretar las pruebas de oficio.

6.1. Recomendaciones en lo moral

Partiendo del hecho de que un factor determinante en el correcto actuar del hombre es la formación de su conciencia moral, en la cual intervienen el aspecto cognoscitivo de sus actos, el dominio y dirección del aspecto volitivo y la interiorización o introyección de los principios sociales, recomendamos al Consejo Superior de la Judicatura la estructuración de un código de ética que determine por consenso entre los jueces, los principios rectores de la función judicial. Igualmente, para que dichos principios tengan plena observancia en el proceso, recomendamos al órgano de autogobierno judicial el diseño y la implementación de programas de capacitación sobre estos tópicos.

Como parte de la anterior recomendación, proponemos que el Consejo Superior de la Judicatura diseñe los procedimientos de evaluación del desempeño para los funcionarios judiciales, en los cuales la promoción y el desarrollo de los principios que se definan como institucionales, hagan parte de los indicadores de gestión y resultados y de los planes de mejoramiento.

En este contexto, y relacionando la recomendación con nuestro objeto de investigación, para el correcto ejercicio de los poderes de instrucción del juez en relación con las pruebas de oficio, consideramos que la formación moral del juez, contribuye a desarrollar una conciencia de autocontrol que evite la realización de conductas reprochables, en desmedro de los justiciables y de la Rama Judicial.

Para ello es necesario, en primer lugar, cultivar la conciencia moral constituida por esa voz interior que nos advierte, previene o reprocha el mal actuar con el peso de la culpa y el remordimiento, o nos felicita cuando hacemos lo que es correcto, y que al oír ese juez interior reconocemos en nuestro corazón el código de principio que traemos grabados desde que nacemos, los cuales requieren permanente reafirmación en todos los entornos sociales y familiares para su plena eficacia.

De manera enunciativa, recomendamos el siguiente código de principio que fortalezca la conciencia moral de los funcionarios judiciales al momento de ordenar la práctica de pruebas de oficio:

- Buena fe o lealtad procesal
- Respeto por la dignidad humana
- Objetividad
- Transparencia
- Responsabilidad

Los anteriores principios son de gran trascendencia en la formación de la conciencia moral de los funcionarios judiciales, los cuales operarían de la siguiente manera:

El principio de la *buena fe o lealtad procesal* con la correcta administración de justicia, impone al juez el deber de acatar cabalmente lo que exigen las normas procesales, con integridad y honradez. Se trata de la buena fe calificada por

activa, a cargo de un servidor público a quien se le exige ser riguroso en el cumplimiento de sus funciones.

El principio de la buena fe o lealtad procesal le impide al juez proferir el decreto de pruebas de oficio mediante artimañas o engaños; con una finalidad diferente a la búsqueda de la verdad de los hechos afirmados o negados por las partes, o con poca gestión o diligencia en el estudio del caso antes de ordenarla, a fin de evitar o reducir el margen de error en su decisión y verificar que la misma se encuentre debidamente fundada.

Sin el principio de la buena fe o lealtad procesal como norte de la actuación judicial es imposible aplicar justicia material, dando a cada parte lo que le corresponde en derecho. El principio de la buena fe o lealtad procesal fortalece las relaciones con los justiciables al dotarlas de confianza legítima.

El principio del *respeto por la dignidad humana* impregna de moralidad y juridicidad el actuar del juez al decretar pruebas de oficio, pues al dar un trato *digno* al justiciable, reconoce su condición de ser humano independientemente de su posición social, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica, como lo manda nuestra Constitución. Por esto, el principio del *respeto por la dignidad humana* admite que el ser humano es un fin en sí mismo, necesitado de justicia, lo que impide toda manipulación o uso fraudulento de las pruebas de oficio, en donde el justiciable sea considerado como un objeto, medio o instrumento para el logro de un objetivo torticero.

El principio de la *objetividad* en la ordenación de las pruebas de oficio implica que veamos el mundo como realmente es, y no como creemos que sea, además, que reconozcamos que nuestra subjetividad nubla el entendimiento e impide el razonamiento al afectar el pensamiento lógico. El principio de la *objetividad*

garantiza el derecho de los justiciables a un juicio objetivo, a contar con un juez neutral e imparcial en la práctica de las pruebas de oficio.

La objetividad le exige al juez ver el fondo sobre la forma; comprender el problema jurídico a resolver a partir de los hechos o circunstancias narradas por las partes; pensar equilibrada y razonadamente despojándose de emociones o apasionamientos que puedan afectar su sano entendimiento, y examinar juiciosamente todos los medios de prueba obrantes en el proceso, antes de proceder a un decreto oficioso de pruebas. La objetividad le permite al juez ser más efectivo⁵²⁵ y justo al momento de decretar pruebas de oficio.

Un principio de gran importancia para el decreto de pruebas de oficio, que guarda el principio de igualdad entre las partes y orienta la objetividad de la decisión oficiosa, es el de la *transparencia*. Éste principio condiciona todas las actuaciones procesales del juez, especialmente, las decisiones oficiosas probatorias que, para que tengan plenos efectos jurídicos, requieren que sean realizadas con transparencia y pulcritud, sin malicia o desviación de poder, y de conformidad con los principios y las reglas procesales; además, deben hacer públicas las motivaciones que orientan al juez en el ejercicio de tal poder probatorio.

El principio de la transparencia procura una conducta libre de vulneraciones al principio de moralidad procesal en el decreto de pruebas de oficio, conducta que, a su vez, debe estar desprovista de motivaciones subjetivas o dolosas que quiebren el interés público del proceso en la justa composición del litigio, al ponerlo al servicio de intereses soterrados del funcionario judicial.

Por último, cumpliendo con los anteriores principios, el juez al decretar pruebas de oficio realiza el principio de la *responsabilidad*, el cual representa el grado de

conciencia adquirido en el ejercicio de la función judicial. El principio de la responsabilidad repudia todo asomo de corrupciones; demuestra fidelidad con los principios jurídicos y morales. El juez que actúa con responsabilidad al decretar pruebas de oficio no teme a las consecuencias de sus actos, debido a que está orientado por el deber implicado en la justicia material: la búsqueda de la verdad de los hechos.

6.2. Recomendaciones en lo jurídico

Recomendamos una modificación legislativa en el estatuto procesal civil que integre las siguientes propuestas, con la finalidad de mejorar los controles sobre el poder oficioso probatorio, así:

- Contemplar una sola oportunidad procesal para que el juez decrete pruebas de oficio, que, en todo caso, deberá ser dentro de la oportunidad procesal para proferir el auto que decreta pruebas⁵²⁶, y no mediante serie escalonada de actos probatorios oficiosos⁵²⁷.
- Consagrar el deber de motivación de los autos de decreto oficioso de pruebas, con la finalidad de que pueda hacerse un control de legalidad de los mismos.

⁵²⁵ Se utiliza el término de efectividad entendiendo que implica los conceptos de eficacia y eficiencia. En esto es en lo que estamos pensando, que la prueba de oficio sea un instrumento eficaz, eficiente y, por ello, efectivo.

⁵²⁶ Como ejemplo, para el caso del procedimiento declarativo, el término para decretar pruebas de oficio lo establece el artículo 402 del Código de procedimiento civil actual, luego de cumplida la audiencia de que trata el artículo 101 ibídem.

⁵²⁷ “Desde luego nada se opone y por el contrario se ajusta cabalmente al principio de la economía procesal, como ya se expresó, que todas las pruebas de oficio puedan decretarse en un solo acto, sólo que cuando no sucede así y de hecho éstas se disponen en actos o decretos separados, no por esa sola circunstancia puede deducirse una conducta dilatoria del proceso por parte del juez, pues para llegar a esa conclusión en cada caso concreto deberá mediar una prueba indicativa de tal acontecimiento, que aquí se echa de menos”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de mayo 7 de 2001, Exp. 3300. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

- Regular el recurso de reposición y de apelación en contra del auto que decreta pruebas de oficio.
- Establecer como causal de revisión de las sentencia los actos fraudulentos del juez en el decreto de pruebas de oficio.
- Consagrar como causal de nulidad del proceso, por vulneración al debido proceso, la omisión en el decreto oficioso de pruebas o su práctica indebida, ya sea por dolo o mala fe, al demostrarse i) que no fue decretada una prueba de oficio cuando se hacía necesaria tal actuación para verificar la verdad de los hechos alegados por las partes, o ii) que fue decretada una prueba de oficio innecesaria o en forma dolosa o fraudulenta.
- Consagrar el deber del juez de dar traslado a las partes de las pruebas decretadas de oficio, permitiéndoles ampliar su inicial de pruebas.

ÉTICA

Toda la información obtenida en el desarrollo de la presente investigación será utilizada única y exclusivamente para dar respuesta a los problemas formulados. En todo caso será aplicado el “Estatuto de Propiedad Intelectual Universidad de Medellín”.

Todo dato recogido y analizado pertenece y se queda en los archivos de la investigación, no será divulgado por ningún medio escrito, oral o virtual sin la autorización de la Universidad de Medellín, y serán utilizados exclusivamente para el logro de los objetivos de la investigación PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ EN RELACION CON LA PRUEBA EN UN DEBIDO PROCESO (Una perspectiva comparada entre Colombia y Argentina).

Se respetará la obligación de mantener el secreto sobre cualquier información confidencial obtenida en la presente investigación, así como los estudios y análisis que se realicen que requieran mantenerse bajo esta condición.

En todo caso se respetan los derechos de autor realizando la debida reseña bibliográfica en notas de pie de página, con indicación precisa de los datos de referencia, tal y como lo exigen las normas y reglamentos.

AJUSTES AL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

De conformidad con lo indicado los Jurados en el Acta Número 001 del 13 de Diciembre de 2011, procedo a realizar los aspectos a mejorar al Proyecto de Investigación “El principio de Moralidad procesal, un análisis desde los poderes de instrucción en relación con la prueba de oficio”.

Punto uno:

Requerimiento:

Formalmente deberá elaborar un acápite de resultados, en donde se visualice cómo llegó a la afirmación de su hipótesis.

Desarrollo:

En la investigación nos propusimos analizar el principio de moralidad procesal, como límite a los poderes de instrucción en relación con la prueba de oficio en un debido proceso, destacando su naturaleza jurídica de orden público, su importancia para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales propios de un Estado social de derecho, como norma fundamental de existencia del sistema jurídico, entre otros aspectos.

Desde el planteamiento del problema sabíamos que el tema a investigar no sería una tarea fácil, por tratarse de una investigación relacionada con un principio jurídico de contenido moral, y el saber que tanto en la filosofía jurídica como en la ciencia jurídica la discusión sobre la relación entre el derecho y la moral es un tema que continúa vigente.

Por esto, la propuesta investigativa llevada a cabo, requería analizar y conceptualizar, tanto desde la doctrina jurídica como desde la jurisprudencia patria, lo que al respecto se ha dicho sobre la principialística jurídica y sobre la moral, estudiar la simbiosis y significación en el ordenamiento jurídico de ambos conceptos, representado el principio de moralidad procesal. Luego de realizar esta conceptualización estudiamos la funcionalidad del principio de moralidad procesal en el ordenamiento jurídico, y la relación con otros principios jurídicos.

Nuestro reto fue planteado como hipótesis investigativa de verificación, si el principio de moralidad procesal limita o no los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, para ello diseñamos como hoja de ruta el objetivo general de analizar el principio de moralidad procesal desde los poderes de instrucción del juez, en relación con la prueba de oficio, sirviéndonos de tres objetivos específicos que soportarían el logro del objetivo general, así: 1) la conceptualización de la moral y su relación con el Derecho, 2) el análisis del principio de moralidad procesal como norma principio, y 3) el análisis del principio de moralidad procesal como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio en un debido proceso.

El desarrollar los tres objetivos específicos, para el logro del objetivo general, se facilitó establecer los conceptos jurídicos fundamentales, confirmaron la hipótesis propuesta, al concluir que el principio de moralidad procesal, como principio jurídico, relacionado con la moralidad, el cual permea e inspira la totalidad del ordenamiento jurídico, tiene la virtualidad de limitar el poder oficioso probatorio del juez, garantizando a los justiciables la efectividad y prevalencia del derecho sustancial, el derecho al debido proceso, a la igualdad material.

A partir de la jurisprudencia de las Altas Cortes y la doctrina jurídica, quienes han elaborado una reiterada doctrina sobre la relación entre el derecho y la moral, la investigación devela la trascendencia de la moral como deber ser del derecho, y

por ende su importancia en el derecho procesal, como criterio interpretativo de las normas, eje regulador de los deberes, obligaciones y facultades procesales, y el debido ejercicio del poder-deber oficioso probatorio por parte del juez.

Con la constitucionalización actual del ordenamiento jurídico y la positivización de conceptos morales, como ocurre con el principio de moralidad procesal, la lealtad procesal, la transparencia y responsabilidad en las actuaciones procesales por parte del juez, concreta en el proceso jurisdiccional una especie de proceso moralizador del derecho.

La investigación concluye que el principio moralidad procesal, desglosado en el principio de buenas fe o lealtad procesal, unas veces estructurado normativamente como carga procesal, otras como obligación, y otras como deber procesal, se impone al juez y a los sujetos procesales como imperativo procesal sin condicionamiento alguno, incorporado al proceso como premisa mayor del silogismo judicial, la ser parámetro evaluador de las conductas del juez y de las partes, de la validez de algunas actuaciones procesales.

En conclusión, luego de desarrollar las temáticas asociadas al principio de moralidad procesal, y con fundamento en lo expresado en la jurisprudencia, la doctrina jurídica y la normatividad, encontramos que el principio de moralidad procesal, como norma-principio, limita el poder oficioso probatorio del juez tanto desde el ámbito de lo moral como desde el ámbito de lo jurídico, ya desde el fuero interno o autónomo del juez como del externo o heterónimo de la ley.

Desde esta comprobación hipotética, el principio de moralidad blindo al proceso jurisdiccional contra las inconductas procesales, y como principio jurídico creativo, interpretativo, integrativo y supletivo de las providencias judiciales.

Todo el marco conceptual desarrollado nos demuestra como el principio de moralidad procesal garantiza el derecho al debido proceso, al prohibir las distorsiones, manipulación o actos torticeros, ya sea que provengan del órgano judicial o de las partes, ayuda a mantener incólume otros principios procesales.

El desarrollo del trabajo indica como el principio de moralidad procesal fortalece la bilateralidad audiencia, expresado en la igualdad de las partes en el proceso, la paridad para demandar o pedir, el acceso a la justicia libre de actos desleales.

El principio de moralidad procesal coadyuva el logro del sumo principio de la justicia y la dignidad humana, de los cometidos legales y constitucionales por el cual fue instituido el proceso jurisdiccional, lo que bloquea que la aducción o ingreso al proceso de los medios de prueba, su práctica y valoración se lleven a cabo indebidamente por parte del juez, en especial del poder oficioso probatorio.

Punto dos:

Requerimiento:

Realizar una relación más clara entre su tema de investigación y el derecho procesal, de tal forma que se aterrice más al campo procesal, pues se centró más en la filosofía del derecho, específicamente en lo que hace alusión a la moral y descuidó el tema objeto de la maestría.

Desde la página 125 hasta la página 178, (última hoja del desarrollo temático de la investigación), en el capítulo 3°, el trabajo se concentró en estudiar lo relacionado con el principio de moralidad procesal, como límite a los poderes de instrucción del juez, en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso, desarrollando los siguientes temas: 3.1. El principio de moralidad aplicado al derecho procesal; 3.2. El principio de moralidad procesal, lealtad procesal o buena fe desde la

perspectiva de las partes; 3.3. Los deberes de lealtad procesal o buena fe como límite a los poderes de instrucción del juez en relación con la prueba de oficio, en un debido proceso; 3.4. Limitantes constitucionales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez; 3.5 Limitantes legales al poder oficioso probatorio y de instrucción del juez; 3.6. El principio de moralidad procesal como límite al decreto oficioso probatorio; 3.7. Límites a la prueba de oficio desde el principio de moralidad procesal; 3.8. El principio de moralidad como elemento integrante e integrador del debido proceso, limitante del poder oficioso probatorio del juez; 3.9. Tutelas jurídicas contra el decreto oficio de pruebas con violación del principio de moralidad.

El principio de moralidad procesal obra en el proceso como norma principio, y encuentra en los diferentes códigos de procedimiento su desarrollo legal, positivizándose varias normas que imponen al juez y las partes deberes y prohibiciones específicos de claro contenido moral, como un ejemplo del avance de esta tendencia tenemos el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) que consagró de manera expresa el principio de moralidad y el de buena fe.

Es importante entender que el principio de moralidad procesal es una norma de orden público de existencia del sistema procesal y no funcionamiento u operatividad del proceso jurisdiccional, el cual obra como pilar fundamental de los principios y los valores sociales que integran el ordenamiento jurídico en su conjunto, y en el proceso jurisdiccional como garantía contra las desviaciones o no conformidades judiciales.

En el campo procesal el principio de moralidad procesal sujeta al juez a propender siempre por un comportamiento pródigo y leal con los justiciables, a fin de garantizar en el proceso “los derechos reconocidos por la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico ”, para ello debe garantizar la igualdad

procesal, la certeza jurídica, la imparcialidad para el descubrimiento de la verdad sin motivaciones subjetivas, de afecto o intereses personales o de terceros en la toma de decisiones, debe respetar las normas de procedimiento con plena garantía de los derechos de defensa y contradicción como lo señala el numeral 2º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, que lo obliga a "Desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo", en consonancia con el artículo 37, numeral 3º, del Código de procedimiento civil, que impone al juez el deber de impedir actos contrarios "a la lealtad, probidad y buena fe".

Una sentencia que resuelva el problema jurídico puesto al conocimiento y decisión de un juez, debe ser construida sobre la verdad, como lo admite el profesor Jairo Parra Quijano, y acorde con lealtad a la administración de justicia, como lo ordena el artículo 71 del Código de procedimiento civil.

El principio de moralidad opera en el campo procesal como cortapisa de la arbitrariedad, guiando al órgano judicial hacia la probidad en todas sus actuaciones, a ejercer sus funciones de manera imparcial, y a evitar que ante la falta de regulación normativa, en algunas circunstancias o actuaciones procesales, las partes, o incluso el mismo juez, incurran en abusos o arbitrariedades, asegurando mediante la guarda de este postulado que las partes puedan comunicarse con el juez en igualdad de condiciones y oportunidades, razón por la cual se afirma que el principio de moralidad procesal no deroga la bilateralidad del contradictorio, ni afecta la dispositividad del proceso, antes por el contrario, le evita perjuicios al justiciable o la justicia misma, al proscribir la malicia y la deshonestidad que impiden el libre ejercicio de los derechos y libertades.

La aplicación del principio de moralidad procesal, como límite a la actividad oficiosa probatoria, se materializa cuando las conductas del órgano judicial se plasman en el proceso como el verdadero director formal y material del proceso,

asegurando que al proveer el principio de igualdad de las partes proceso sea real y efectiva, por ello debe adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de dicho cometido.

Dicha situación es más palpable en materia de pruebas, cuando el juez actúa para disminuir la desigualdad procesal, que por cualquier circunstancia se presente el proceso, ya que el asunto probatorio no puede ser considerado propio de ámbito privado, así el principio de moralidad hace presencia en el proceso cuanto el único interés del juez es el interés público en la resolución justa de las controversias, tal y como le corresponde ejercer el rol al juez en un Estado social y democrático de derecho, para la prevalencia de la justicia sustancial o material y como lo prescribe la Constitución Política.

Toda prueba oficiosa debe tener siempre el derrotero de la búsqueda de la verdad, para el ello el juez tiene que utilizar los procedimientos o canales legales previamente establecidos por el legislador, lo que implica un límite a la actividad inquisitiva probatoria, y de respeto por los imperativos que se derivan del principio de moralidad procesal, al obtener la prueba basada no en la intuición, la sospecha o intereses ajenos a la recta administración de la justicia, sino en la regularidad, utilidad, oportunidad y legalidad de las practicadas, en otras palabras el respecto por la legalidad de las formas, los actos y los procedimientos, que garanticen el debido proceso.

Lo que sería en palabras de la Doctora Diana María Ramírez Carvajal una decisión basada en “hechos verídicos, prueba válida y racionalmente valorada, un procedimiento adecuado para solucionar el caso concreto y una hermenéutica de la norma sustancial aplicable al caso, creada o modificada por el juez para reconducir el hecho concreto a una consecuencia válida”.

El principio de moralidad procesal crea límites a la actividad oficiosa probatoria del juez, positivizados en códigos de procedimiento civil (artículos 37, 38, 93, 179, 180), procesal del trabajo y de la seguridad social (artículo 54), contencioso administrativo (artículo 169 del decreto 01 de 1984) y de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (artículo 213 de la ley 1437 de 2011).

Cuando el legislador le otorga al Juez el poder de ordenación oficiosa probatoria, le exige que dichos medios probatorios deben ser útiles, pertinentes, conducentes y necesarios para verificar los hechos alegados por las partes, para aclarar los hechos oscuros o dudosos y para acreditar los que no sean susceptibles de prueba de confesión.

Otro límite legal al poder-deber oficiosa probatorio, como expresión del principio de moralidad procesal, lo encontramos en el principio de congruencia, por el cual el juez al decretar la prueba oficiosa debe limitarse exclusivamente a los hechos controvertidos por las partes, y dentro los medios o fuentes de prueba acreditados en el proceso, manteniendo incólume el principio de contradicción, para darle a la parte afectada con la prueba la oportunidad de proponer nuevas pruebas y de estar presente en su práctica, por esto el juez no puede llevar al proceso hechos no incluidos en las pretensiones o excepciones de las partes, sin respeto por el principio de contradicción, manteniéndose con ello siempre fiel al principio de lealtad procesal, como lo exige el numeral 1° del artículo 153 de la ley 270 de 1996.

Son varias las situaciones en el proceso jurisdiccional en las que el principio de moralidad procesal establece límites a la prueba de oficio, y en el cual el juez debe justipreciar si el decreto oficiosa trasgrede o no sus deberes ético-morales, al alterar la simetría procesal que debe reinar entre pretensor y resistente, como por ejemplo, no puede decretar un dictamen pericial si ya obra en el proceso uno que

le de claridad sobre el tema objeto de prueba, tampoco puede dejar de ordenar uno nuevo si el dictamen no le satisface plenamente según lo requerido, tampoco debe de dejar de decretar de oficio la prueba de un hecho sobreviniente a la presentación de una demanda, si el mismo existen elementos de juicio que demuestran que con ella se altera o extingue de manera sustancial la pretensión invocada, etc.

Por último podríamos decir que el principio de moralidad, como límite al poder-deber oficioso probatorio del juez, garantiza el ejercicio de los derechos en el proceso jurisdiccional, al propugnar por un proceso libre de vicios, pródigo de actos regidos por la buena fe y la lealtad procesal, lo que lo hace parte integrante y fundamental del derecho al debido proceso.

Punto tres:

Requerimiento:

Aclarar la relación entre verdad, moralidad, independencia judicial, imparcialidad judicial, igualdad y bilateralidad, temas que son tratados en el informe final, pero no desarrollados.

Define el Diccionario de la Real Academia Española la palabra verdad como:

Verdad.

(Del lat. veritas, -ātis).

1. f. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente.

2. f. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa.
3. f. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna.
4. f. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.
5. f. Cualidad de veraz. Hombre de verdad
6. f. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende. U. m. en pl. Cayetano le dijo dos verdades
7. f. realidad (ll existencia real de algo).

De acuerdo con la anterior definición etimológica la verdad se define como lo cierto, contrario a lo falso, es lo que se dice de una realidad objetiva u (verdad ontológica), perteneciente al mundo fenomenológico, pero también puede ser un predicado del conocimiento de un hecho o creencia (verdad epistemológica).

En el Derecho, y para efectos probatorios, la verdad es considerada como la coincidencia, identidad, fidelidad, coherencia y consistencia entre lo mentado, declarado o manifestado sobre el hecho o realidad históricamente acaecida, con lo averiguado y probado en el proceso, es el cumplimiento del deber de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, para el logro de la justicia material.

Para expresar o decir lo verdadero se requiere una intención sana, es decir lo que es o fue, o lo que no es o no fue, por esta razón, dada su importancia, la verdad llena de certeza los hechos recreados en el proceso, es considerada por la

sociedad como un valor supremo, y en las personas como una virtud de la persona honesta y decorosa.

Al solicitarle a un sujeto procesal que diga la verdad sobre las particularidades de tiempo, modo o lugar de unos hechos o acontecimientos concretos y particulares con relevancia jurídica, se le está inquiriendo en primer lugar a su fuero interno, para que cumpla con el deber moral de decir siempre la verdad.

La verdad será siempre la reconstrucción de la realidad, con la ayuda de los diferentes medios de prueba, y de la cual se nutre el juez para poder tomar una decisión, reconstrucción que requerirá siempre para que tenga validez probatoria, que sea sometida contradicción por la parte afectada.

Nuestro ordenamiento jurídico establece el principio de la buena fe como presunción de veracidad, rebatible solo mediante prueba en contrario (presunción iuris tantum), con la cual se confiere seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos y la justicia como valor supremo.

En este punto, la verdad de los hechos con relevancia jurídica encuentra plena conexión con la moral, dada el llamado al fuero interno del sujeto deponente, para que cumpla con el imperativo de decir la verdad, y de esta forma contribuya con el cumplimiento de los objetivos misionales de la administración de justicia.

La relación existente entre verdad y justicia es reconocida por la Corte Constitucional al dilucidar sobre la importancia de la verdad en el proceso penal, sobre la cual dice que se concreta cuando el Estado cumple con el deber de buscar la verdad para realizar la justicia.

A este respecto dijo:

Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Bien decía Carnelutti, “cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

En este mismo sentido, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial.

Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad [10], en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas. Al respecto, la Corte dijo:

“En tal sentido, conviene precisar que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

(...)

De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incluso, para autores como R. Mattarollo el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido “integra hoy derecho internacional consuetudinario” [11]. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes” [12].

Concluye la Corte expresando que la “(...) búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional”.

El principio de independencia judicial tiene relación directa con el concepto de moralidad procesal, pues el ejercicio de la función jurisdiccional, dada a los jueces para que constituya, reconozca o declare derechos, ejecute obligaciones, y castigue delitos, tiene implícito la irrestricta reverencia por los valores y principios constituciones y legales, los cuales le dan sentido y finalidad al orden jurídico en su conjunto.

La independencia judicial, como expresión de una forma de autogobierno judicial en la toma de decisiones, se aprecia en el proceso judicial cuando el juez da cumplimiento exclusivo y excluyente al derecho sustancial o material, sin que la voluntad de las partes, de terceros, o las presiones o intromisiones de otros órganos estatales, y ni aun de la interferencia de sus superiores funcionales, afecten sus decisiones.

El principio de independencia judicial mantiene incólume la moralidad del juez, da amplia margen de libertad a sus decisiones, asegura los poderes de dirección formal y material del proceso para el hallazgo de la verdad real, delimita sus decisiones al imperio del orden jurídico, garantiza el libre y transparente acceso de los ciudadanos a la justicia, y la confianza legítima de la comunidad en sus instituciones.

El principio de independencia judicial se encuentra correlacionado con el principio de imparcialidad, evitando que el juez supedite sus decisiones a circunstancias o condicionamientos externos al proceso, para lo cual, las causales de recusación o impedimento constituyen un medio de control ciudadano de eventuales desviaciones o inconductas procesales por parte del juez.

Por esto puede afirmarse que el principio de independencia judicial es una garantía para el ciudadano, de sometimiento del órgano jurisdiccional a un conjunto de

normas éticas o morales, cuyo incumplimiento generan responsabilidad para el servidor público, por el incumplimiento de las funciones y deberes jurisdiccionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GÓMEZ, Francisco Javier. Filosofía del Derecho. 3ª Ed. Medellín: Editorial Señal Editora, 2004.
- AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al derecho. Tomo I. 12ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2006.
- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del Derecho. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, María Yolanda y RESTREPO MEJÍA, Luz María. “Los principios generales del derecho en la contratación privada”. En: *Estudios de Derecho*. Vol. LVII, No. 129. Medellín: Editorial L. Vieco e Hijos Ltda. (junio de 1998).
- ARAZI, Roland. Elementos de derecho procesal. Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ASTETE, Gaspar. Catecismo. Medellín: Editorial Bedut.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal: teoría general del proceso. Bogotá: Derecho y ley, 1979.
- BATIFFOL, Henri. Filosofía del Derecho. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos y GARCÍA SIERRA, Alonso. De la prueba judicial. 3ª. Ed. Medellín: Editorial Señal Editora, 1998.
- BLANCO GÓMEZ, José Luis. Sistema dispositivo y prueba de oficio. 2ª Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1994.
- CAICEDO MEDRANO, Angélica Sofía. El principio de confianza legítima en las sentencias de la jurisdicción contenciosa administrativo y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. Tesis de grado. Medellín, Universidad de Antioquia, 2008.
- CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo. En: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 6ª Reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2007.

- CAMACHO, Azula. Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso. Tomo I. 9ª. Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009.
- CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Manual de derecho procesal civil. Medellín: Colección Universidad, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993.
- _____. Cómo nace el Derecho. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.
- _____. Cómo se hace un proceso. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.
- CARRIÓ R., Genaro. Sobre el concepto de deber jurídico. Buenos Aires: Editorial El Gráfico Impresores, 1966.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. Freud y la génesis de la consciencia moral. En: CAMPS, Victoria. Historia de la Ética. La ética contemporánea. Vol. III. Barcelona: Editorial Crítica, S. L., 2000.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho procesal civil. 4ª. Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.
- DE LA MORANDIERE, Julliot. La noción de orden público en derecho privado. Bogotá: Editorial Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz, 1956.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. Tomo II. 4ª Ed. Bogotá: Editorial A.B.C., 1975.
- DÍAZ, Clemente A. Instituciones de derecho procesal. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1972.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid: Editorial Espasa Calpe S. A., 1999. p. 793.
- DICCIONARIO JURÍDICO COLOMBIANO. 4ª Ed. Bogotá: Editorial jurídica Nacional, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 6ª Reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2007.
- ESCOBAR CAMARGO, Rosa María, juez imparcial y juez conductor del proceso. En: Memorias Jornadas iberoamericanas de derecho procesal, 11 al 14 de abril de 2000: Medellín.

- ESQUIVEL, Javier. Racionalidad jurídica, moral y política. 2 ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara, 2001.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los principios y el bloque de constitucionalidad. 2ª Ed. Medellín: Editorial Sello Editorial Universidad de Medellín, 2006.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. 3ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como sistema de garantías. En: *Revista Jueces para la democracia*. No. 16/17. Madrid, (1992).
- _____. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. 3ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- GAIDO, Paula. “La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral”. En: Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho. Vol. 18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (enero de 2001).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y filosofía. 3ª Ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 1999.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Temas de introducción al derecho. Necesidad y libertad, moral y derecho, derechos y usos, estructura de la norma. Medellín: Editorial Señal Editora, 1992.
- GILLE, Paul. Historias de las ideas morales. Las grandes épocas hasta el siglo XIX. Buenos Aires: Editorial Partenón. 1945.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Luis José. Ética. 3ª reimpresión. Bogotá D. C.: Editorial El Búho Ltda., 2005.
- GUIBOURG, Ricardo. Deber y saber. 1ª reimpresión. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 2002.
- GURVITCH, Georges. Moral teórica y ciencia de las costumbres. México D.F.: Editorial América, 1945.
- HALPIN, Andrew. Derechos, utilitarismo y moralidad. Observaciones preliminares. En: *Estudios de derecho y filosofía*. No. 8. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (marzo de 2005).

- HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot, 1998.
- HOERSTER, Norbert. Problemas de ética normativa. 2ª Ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S. A., 1998.
- KANT, Immanuel. Fundamentos de la metafísica de las costumbres. 8ª Ed. Madrid: Editorial Espasa-Calpe, S. A., 1983.
- _____. La metafísica de las costumbres. Santa Fe de Bogotá: Editorial Tecnos S.A., 1989.
- KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. 15ª Ed. México: Editorial Porrúa. 2007.
- LAPORTA, Francisco. Entre el Derecho y la moral. 3ª Ed. México, D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara S.A., 2000.
- LECLERCQ, Jacques. Las grandes líneas de la filosofía moral. Madrid: Editorial Gredos, 1956.
- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia procesal. Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, 2006.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Pruebas. 7º Ed. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 2001.
- _____. Instituciones de Derecho procesal civil colombiano, parte general. Tomo I. 7ª Ed. Bogotá: Editorial Dupre Editores, 1997.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Bogotá: Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.
- _____. El Derecho de los jueces. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A., 2006.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires: Editorial Reus, IB. de F., 2005.
- LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad del Estado por error judicial. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 1997.

- MANTILLA PINEDA, Benigno. Filosofía del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. S. A., 1996.
- MARULANDA MARTÍNEZ, Diego. Fundamentos para una introducción al derecho. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2000.
- MICHELLI, Gian Antonio. La carga de la prueba. (SENTÍS MELENDO, Santiago, Trad.). Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.
- MORA, Nelson. El fraude procesal. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1982.
- MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil: parte general. 6ª Ed. Bogotá, A.B.C., 1973.
- OCHOA CARBAJAL, Raúl Humberto. Bienes. Estudio sobre los bienes, la propiedad y los otros derechos reales. 5º Ed. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2003.
- OSSORIO, Ángel. El alma de la toga. 7º Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007.
- PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. 4ª Ed. Santiago de Chile: Editorial Temis, 1984.
- PALACIO, Lino Enrique. Manual de derecho procesal civil. Tomo I. 4ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
- PARADA CAICEDO, Juan Bautista. La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y el comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá: Editorial Temis S.A. S. A., 2004.
- _____. Manual de Derecho probatorio. 5ª Ed. Bogotá: Editorial Ediciones del Profesional Ltda., 2006.
- PEYRANO, Jorge W. El proceso civil: principios y fundamentos. Buenos Aires: Astrea, 1978.

- PICO I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: Editorial J.M. Bosch, 2003.
- _____. El Juez y la prueba: una historia mal contada. En Ponencias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 1998.
- PIEPER, Annemarie. Ética y moral. Una introducción a la filosofía práctica. Barcelona: Editorial Crítica, 1991.
- POMARE WALTER, Jiménez. Apuntes de pruebas judiciales. Medellín: Señal Editora, 1993.
- PRIETO QUINTERO, Andrés. Problemáticas del Derecho procesal en el nuevo milenio. Medellín: Editorial Señal Editora, 2004.
- QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. 3ª Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.
- RADBRUCH, Gustav. Relativismo y derecho. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Hacia la constitucionalización de un derecho procesal constitucional para Colombia. En: Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2005.
- _____. A propósito de la justicia material. Versión digital disponible en: www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/...D209.../Artículo1Diana.doc, (11 de agosto de 2010).
- _____. Valoración de la conducta omisiva, oclusiva, mendaz en el debido proceso. (Hechos modificadores de la pretensión y valorables como prueba de indicio) En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003.
- RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Principios constitucionales del derecho procesal. 1ª reimpresión. Medellín: Editorial Señal Editora, 2004.

- REALE, Miguel. Fundamentos del derecho. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Medellín: Editorial Conlibros y CIA. LTDA., 2006.
- RUEDA F., María del Socorro. Fundamentos del derecho procesal colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Señal Editora, 2008.
- SANABRIA SANTOS, Henry. La buena fe y la lealtad en el derecho procesal civil colombiano. Responsabilidad civil por los actos procesales temerarios y de mala fe. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SIERRA GARCÍA, Jaime. Diccionario Jurídico. 2ª Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1999.
- SUÁREZ ROJAS, Jimmy. La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y el comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez. En: XXIV congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VALDÉS, Ernesto Garzón. Filosofía y Derecho. 3ª Ed. México D.F.: Editorial Distribuciones Fontamara, 1999.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho privado romano. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1986.
- _____. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho. 2ª Ed. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis S.A., 1999.
- VILLACAMPA, Vicente. Filosofía y lógica. Barcelona: Editorial Cultural, S.A. 1981.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Algunas tendencias actuales de la Corte Suprema de Justicia y un intento de fundamentación. En Ponencias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Sentencias Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-669 de 2005. Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1993 Magistrado Ponente:

VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992 JOSE GREGORIO HERNANDEZ

GALINDO y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Corte Constitucional, sentencia T-693 de 2004 Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional, sentencia T-089 de 2007 Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2007 Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Corte Constitucional, sentencia T-295 de 1999 Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Corte Constitucional, sentencia T-475 de 1992 Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional, sentencia T-617 de 1995 Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Corte Constitucional, sentencia T-547 de 1993 Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Corte Constitucional, sentencia T- 406 de 1992 MAGISTRADO PONENTE:

CIRO ANGARITA BARON.

Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1994 MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional, sentencia T- 058 de 1995 Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000 Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional, sentencia T-1 de 1993. MAGISTRADO PONENTE: Dr. JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

Corte Constitucional, sentencia C-988 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional, sentencia T-504 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. Magistrado ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional, sentencia T-173 de 1993. Magistrados Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, HERNANDO HERRERA VERGARA y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Corte Constitucional sentencia T-436 de 1992. MAGISTRADO PONENTE: CIRO ANGARITA BARON.

Corte Constitucional sentencia C-840 de 2001. Magistrado ponente: JAIME ARAUJO RENTERIA.

Corte Constitucional en la sentencia T-503 de 1994. Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional sentencia T-1014 de 1999. Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-396 de 2007, Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Jaime Araujo Renteria, a la sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional (el referendo, reelección presidencial-acto legislativo 02 de 2004).

Corte Constitucional sentencia C-133 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional sentencia C-713 de 2008. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional sentencia T-001 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional sentencia C-083 de 1995 Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de febrero 21 de 1938.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 6 de 1935.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 27 de 1940.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1954.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 23 de 1958.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, en sentencia de julio 4 de 1968.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de abril de 1973.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de junio de 1985.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de diciembre de 1962.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de diciembre 16 de 1969.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre de 1994. Expediente N° 3972.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1994.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de noviembre de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de enero de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del abril 23 de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de mayo de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de agosto de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 febrero 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 mayo 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de diciembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de julio de 2004.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de diciembre de 1973.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de mayo de 2009.

Sentencias Consejo de Estado

Consejo de Estado, sentencia del 7 abril de 2005. Radicado 2002-90074.

Consejo de Estado, sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicado 2010-00647-00(AC).

Normativa

Constitución Política de Colombia

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Colombia, Ley 256 de 1996

Colombia, Ley 80 de 1993

Colombia, Ley 270 de 1996

Colombia, Ley 1123 de 2007

Colombia, Ley 794 de 2003

Páginas de Internet

<http://www.ejrlb.net/index/>

<http://buscon.rae.es/>

<http://es.wikipedia.org/>

<http://www.monografias.com/>

<http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/...D209.../Articulo1Diana.doc>

<http://encarta.msn.com/encnet/features/dictionary/dictionaryhome.aspx>

<http://www.monografias.com/>

http://www.notinet.com.co/bjurispru_07.php

ANEXOS

SENTENCIA	TEMA ANALIZADO	HECHOS	CONSIDERANDOS DE LA CORTE	CONCLUSIÓN	SUBREGLA
<p>T 406/ 92 Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.</p> <p>Prestación de S.P.D. derecho a la salud de la comunidad.</p>	<p>Justicia material frente a otros mecanismos de defensa judicial como pre-requisito para interponer la acción de tutela</p>	<p>El accionante interpone acción de tutela como mecanismo transitorio, pues el derecho a la salud de la comunidad se esta viendo afectado debido a la no finalización de un alcantarillado. Tutela que fue negada por el tribunal administrativo de Bolívar pues según este, para proteger derechos colectivos se podía hacer por medio de acciones populares o por medio de la acción de reparación directa.</p>	<p>“El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado... Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.”</p>	<p>Para proteger derechos fundamentales es posible aplicar la acción de tutela como un mecanismo transitorio prevalerte sobre otros mecanismos de defensa.</p>	<p>La acción de tutela como mecanismo transitorio prevalece sobre otros mecanismos de defensa judicial los cuales se utilizan para un caso concreto; siempre y cuando se quiera proteger un derecho fundamental que requiera de la inminente protección de la salud.</p>

<p>T 446/ 92 Magistrado ponente: Guillermo Alberto Franco Estrada.</p> <p>Derecho al trabajo.</p>	<p>Justicia material o justicia social como fundamento de una supuesta violación del derecho al trabajo.</p>	<p>El accionante interpone acción de tutela contra la universidad de Antioquia, pues dice que se le esta violando el derecho fundamental al trabajo, pues se le esta restringiendo la entrada a dicha institución para tomar fotos en grados y eventos públicos. Esta tutela fue negada, pues tanto el juzgado como el tribunal establecieron que no se le ha violado ningún derecho fundamental, pues a el no se le restringía la entrada por su condición de fotógrafo (Título que no tenía), sino que era por motivos de seguridad, donde se restringía la entrada a la universidad a todas aquella personas que no se pudieran identificar.</p>	<p>“Aunque, como se vio, el Derecho al Trabajo consagrado en el artículo 25 de la Carta sea un derecho constitucional fundamental, su ejercicio se encuentra condicionado por los demás derechos de las personas, por las restantes disposiciones de la Constitución y por las disposiciones legales que expida el legislador con fundamento en aquella; así, el que la Carta Fundamental asegure este derecho dentro de la esfera de los derechos constitucionales de la persona y por tanto de el status de Derecho constitucional fundamental, no significa que pueda ejercerse en todo momento, lugar y oportunidad con independencia de condiciones personales objetivas y de materia.”</p>	<p>La justicia material no puede sobrepasar el interés general para satisfacer personales intereses de quien aspire gozar de un trabajo.</p>	<p>No se presenta</p>
<p>C 543/92 Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.</p> <p>Debido proceso en la</p>	<p>Justicia material frente a la seguridad jurídica</p>	<p>Los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y del decreto 2591, el cual reglamenta la acción de tutela, pues en términos</p>	<p>Esta sentencia tuvo salvamento de voto, el cual se basó en que “La interpretación constitucional debe favorecer la coexistencia y máximo</p>	<p>En este caso la seguridad jurídica primo sobre la justicia material.</p>	<p>No se presenta.</p>

<p>acción de tutela.</p>		<p>generales estos artículos violan los principios de cosa juzgada y viola también el artículo 86 de la Constitución cuando impone un término de caducidad para la acción de tutela. Así mismo se demanda la inconstitucionalidad del artículo 25 de este mismo decreto pues viola el derecho de contradicción, el debido proceso, el de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y el de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en legal juicio. El artículo 11 y 12 fueron declarados inexequibles, y el artículo 25 fue declarado exequible.</p>	<p>desenvolvimiento de los valores y fines constitucionales. La sentencia de la Corte, lamentablemente, sacrifica el interés general, la justicia y la primacía de los derechos fundamentales - que dice defender - en aras de una espuria seguridad jurídica, representada por las sentencias violatorias de los derechos fundamentales devenidas inimpugnables. A este respecto, la mayoría eludió todo esfuerzo interpretativo enderezado a conciliar la certeza jurídica - que privilegia en su sentencia por encima de cualquier otra consideración y valor - y la Justicia - que la supedita a una subalterna necesidad de "certidumbre jurídica". Anteponer la seguridad jurídica a la justicia material - mal interpretada porque una comunidad donde la violación de los derechos fundamentales permanezca impune no reúne ninguna condición mínima de</p>		
--------------------------	--	---	---	--	--

			seguridad - es un recurso truculento inspirado únicamente en la lógica ciega del poder y en el inconfesado deseo de conservar feudos intocados dentro del Estado.”		
<p>T 063/93 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muños.</p> <p>Derecho a la intimidad y a la honra. Esta sentencia referencia la sentencia C-534/92 que aborda el análisis de la justicia material.</p>	<p>Justicia material frente a los principios de cosa juzgada y coherencia interna de la sentencia. Justicia versus seguridad jurídica.</p>	<p>En esta sentencia el señor Sergio Luís Restrepo Restrepo, por intermedio de apoderado, interpuso acción de tutela contra el señor Presidente de la República, César Gaviria Trujillo, por considerar que en su discurso de radio y televisión con ocasión de la declaratoria del Estado de Conmoción Interior en todo el territorio nacional el 10 de julio de 1992, al sostener que con ella se "evitó la posible liberación de centenares de asesinos y criminales", vulneró sus derechos a la intimidad y a la honra; ya que según el, con este comentario se estaba afirmando que todas las personas que estaban detenidas eran asesinos y criminales.</p> <p>Por el motivo anteriormente expresado el peticionario interpuso una</p>	<p>En relación a la decisión de la Corte hubo salvamento de voto, en el cual se expuso la siguiente razón: “la coherencia interna de esta sentencia contrasta abiertamente con su falta de coherencia con los hechos que obran en el expediente. Un cuaderno de más de 300 folios quedó convertido, como por arte de magia, en un resumen de 4 párrafos contenido en una de las cuatro hojas de que consta la providencia, vale decir, su contenido de información substancial es 15 veces menor al del proyecto original improbadado. Así las cosas, no es posible enterarse de los hechos relevantes del caso que indican a las claras que hubo una evidente vulneración de derechos fundamentales del peticionario. Mis colegas prefirieron</p>	<p>En este asunto prevaleció la seguridad jurídica y la coherencia interna de la sentencia frente a la justicia material.</p>	<p>No se presenta.</p>

		<p>acción de tutela la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó por considerar que el Presidente no se había referido al peticionario de manera expresa y directa. Esta decisión del tribunal administrativo fue impugnada, siendo remitida a la Corte Constitucional donde se confirmó la sentencia proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca.</p>	<p>olvidarlos -tal vez en aras de salvaguardar la coherencia interna de la sentencia- sin reparar en el sacrificio de la justicia material” “Por eso, en aras de la prevalencia de los altos intereses de la justicia material, propuse en el proyecto de fallo improbadamente revocar el mencionado proveído del Tribunal Superior de Bogotá, declarar vulnerados los derechos de petición y de libertad del actor por las omisiones provenientes del Ministerio de Justicia y proceder a derivar de ellas las correspondientes consecuencias jurídicas: ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado al peticionario y remitir copia del proceso a la Procuraduría a fin de que se investigaran las omisiones esbozadas en el mismo proyecto.”</p>		
--	--	---	---	--	--

<p>T 429/94 Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.</p> <p>Decisiones discrecionales de autoridades administrativas. Dignidad humana.</p>	<p>Justicia material frente a las decisiones discrecionales de autoridades administrativas.</p>	<p>La demandante solicitó del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia la concesión del "certificado de no objeción" que le exige el gobierno norteamericano para poder trabajar y residir legalmente en Estados Unidos, relevándola así de la obligación que le impone su visa J-1 de regresar al país al término de su vigencia. Este certificado le fue negado por la Vice Ministra de relaciones Exteriores de Colombia argumentando motivos de conveniencia nacional, por lo cual la accionante interpuso acción de tutela.</p>	<p>"El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales. Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias."</p>	<p>En esta ocasión se dio prevalencia a la justicia material, teniendo en cuenta que las decisiones discrecionales de las autoridades administrativas deben tener una justificación racional y respetar la dignidad humana.</p>	<p>No se presenta.</p>
--	---	---	---	---	------------------------

<p>T 058/95 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muños.</p> <p>Derecho al reconocimiento de pensión de sobrevivientes.</p>	<p>Justicia material frente a los principios de certeza, seguridad y objetividad jurídica. (justicia versus seguridad jurídica)</p>	<p>La señora Chaparro solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez a la que tendría derecho como consecuencia de la muerte de su madre de quien dependía económicamente. Su petición fue denegada por la institución de seguridad social y por el juez de tutela, debido a que la peticionaria mantenía intacto su vínculo matrimonial y, en consecuencia, la dependencia de su madre no quedó demostrada.</p>	<p>“La prevalencia de la justicia material sobre los procedimientos tiene la naturaleza de un principio y, en consecuencia, su relevancia sólo puede ser el resultado de un trabajo de sopesamiento con otros principios y reglas. La prevalencia absoluta de la justicia material es insostenible teóricamente e impracticable judicialmente. Ello entrañaría el desconocimiento de toda formalidad en beneficio de las consideraciones fácticas”</p>	<p>En este caso prevalece la seguridad jurídica sobre la justicia material, pues no se puede desconocer ciertas formalidades en beneficio de consideraciones fácticas.</p>	<p>La justicia material no es una excusa para acomodar ciertas situaciones jurídicas en beneficio de cada persona.</p>
<p>T 323/96 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muños.</p> <p>Derecho a la pensión de jubilación. Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.</p>	<p>Justicia material frente al cumplimiento de otro mecanismo de defensa judicial.</p>	<p>El señor Hernando Luís Parejo presento acción de tutela como mecanismo transitorio contra la empresa An-Son Drilling Company of Colombia S.A., pues no le habían sido canceladas sus mesadas pensionales. Los falladores de instancia, pese a reconocer la vulneración del derecho a la seguridad social del actor, consideran que la tutela resulta improcedente, pues en su concepto el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial,</p>	<p>“La Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad”</p> <p>“Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al</p>	<p>Prevaleció la justicia material para garantizar una vida digna a los adultos mayores.</p>	<p>Apelando a la justicia material, se pueden proteger por medio de la tutela como un mecanismo transitorio derechos de aplicación inmediata como la pensión de vejez, aunque existan otros medios de defensa judicial.</p>

		consistente en hacerse presente dentro del procedimiento convocado por la Superintendencia de Sociedades.	constituyente a vincular al estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no solo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila.”		
T 058/97 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Derecho de igualdad real y efectiva (prestación de S.P.D)	Justicia material como garante del libre desarrollo de la personalidad y para la consecución de una igualdad real y efectiva.	El actor, Heriberto Solís, acudió a la acción de tutela para que se ordenara a la Electrificadora de Córdoba, solucionar los problemas eléctricos que venían presentándose en su barrio, donde el mal estado de los postes y las fallas en el transformador dejan continuamente al sector sin fluido eléctrico, privándolos de una vida en condiciones dignas como los demás ciudadanos.	“Aunque el Estado no está llamado a garantizar la plena satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, por lo menos debe asegurar unas condiciones mínimas de justicia material a sus miembros, más aún, en el marco normativo de un Estado social de derecho como el consagrado en la Carta Política de 1991, en donde el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares se presenta como una exigencia perentoria.”	En este caso la justicia tuvo la condición de garante de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad efectiva y real.	No se presenta.

<p>T 527/98 Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.</p> <p>Derecho a la pensión de jubilación. Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.</p>	<p>Justicia material frente a la utilización de un mecanismo de defensa judicial violatorio de la igualdad.</p>	<p>El señor Germán Cortes Cabezas interpuso tutela pues a pesar de haberle sido reconocida la pensión de jubilación, no había recibido aun el valor correspondiente a sus mesadas. Expresa el solicitante que vive de la mesada pensional y solicita protección de sus derechos a la seguridad social, subsistencia, salud y vida. El día 14 de julio de 1998, el Juzgado quinto laboral del Circuito de Buenaventura, niega la tutela al considerar que el actor tiene otras vías judiciales para el reclamo de sus derechos.</p>	<p>Aparte tomado por la Corte de la sentencia T 299/97 “La Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad”</p> <p>“Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no solo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila.”</p>	<p>Prevaleció la justicia material para garantizar una vida digna a los adultos mayores.</p>	<p>Apelando a la justicia material...(ver sentencias T-323/96, T-058/99 y T-323/96)</p>
---	---	--	---	--	---

<p>T 058/99 Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.</p> <p>Derecho a la pensión de jubilación o vejez. Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.</p>	<p>Justicia material frente a la utilización de un mecanismo de defensa judicial violatorio de la igualdad.</p>	<p>El actor interpuso acción de tutela pues la entidad obligada a pagarle las mesadas pensionales, no lo hacia ya hace varios meses, siendo el ya un señor de la tercera edad y siendo este su único medio de sustento. Tutela que fue negada por varios juzgados antes de llegar a la Corte, pues aducían que existían otros mecanismos de defensa judicial para reclamar sus derechos.</p>	<p>Aparte tomado por la Corte de la sentencia T 299/97 “La Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad”</p> <p>“Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no solo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila.”</p>	<p>Prevaleció la justicia material para garantizar una vida digna a los adultos mayores.</p>	<p>Apelando a la justicia material, se pueden proteger por medio de la tutela como un mecanismo transitorio derechos de aplicación inmediata como la pensión de vejez, aunque existan otros medios de defensa judicial. (ver sentencia 323/96)</p>
--	---	--	---	--	--

<p>T 554/01 Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.</p> <p>Non bis in ídem- cosa juzgada</p>	<p>Justicia material frente al principio de la cosa juzgada</p>	<p>El accionante ejerce acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 8 de la ley 599 del 2000, el cual dice: "A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, <u>salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.</u>"</p> <p>Pues según el la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas resulta de su simple confrontación con el artículo 29 del Ordenamiento Superior, que en su inciso final consagra el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.</p>	<p>"La vigencia del principio del <i>non bis in ídem</i> supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada."</p>	<p>Prevalece la justicia material sobre la cosa juzgada, toda vez que el principio del non bis in ídem no es absoluto.</p>	<p>No se presenta.</p>
<p>C 1211/01 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.</p> <p>Cosa juzgada.</p>	<p>Justicia material frente a la seguridad jurídica y la cosa juzgada.</p>	<p>El ciudadano Jorge Álvaro Triviño, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad</p>	<p>En relación a la decisión de la Corte hubo salvamento de voto, en el cual se expuso la siguiente razón: "Esa conclusión sin lugar a dudas protege mejor la justicia material y la</p>	<p>En este caso prevaleció la seguridad jurídica y la cosa juzgada sobre la justicia material, pues sobre este asunto ya había decisión</p>	<p>No se presenta.</p>

		del artículo 5 de la Ley 619 de 2000. Pero la Corte no entro a decidir sobre este asunto pues mediante la sentencia C 737 del 2001 esta corporación había declarado, con efectos a partir del 20 de junio de 2002, la inexecutable de la Ley 619 de 2000 en su integridad y por eso con relación a estos artículos ya había cosa juzgada.	supremacía de la Constitución pues evita que contenidos materiales inconstitucionales de esa ley mantengan su vigencia temporal. Sin embargo, una decisión de esa naturaleza sería problemática en términos de seguridad jurídica, pues es contraria al tenor literal de la sentencia C-737 de 2001 y a las reglas vigentes sobre los efectos de cosa juzgada de las decisiones de constitucionalidad".	anterior.	
C 004/03 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Non bis in ídem-cosa juzgada.	La cosa juzgada y el principio non bis ídem en relación a la acción de revisión.	En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Santiago Acevedo Martelo demanda el artículo 220 numeral 3° parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal La expresión acusada establece que la acción de revisión por el surgimiento de hechos nuevos o pruebas no conocidas al momento del juicio, procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. El actor y uno de los	"A pesar de la importancia de la cosa juzgada, es claro que esa figura no puede ser absoluta pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto. Para ello basta suponer la existencia de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pero contiene una clara injusticia. Precisamente para enfrentar estas situaciones, la mayoría de los ordenamientos prevén la acción de revisión...en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es	Prevalece la justicia material sobre la cosa juzgada, toda vez que el principio del non bis in ídem no es absoluto.	la acción de revisión también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos

		<p>intervinientes consideran que esa restricción es discriminatoria y desconoce la prevalencia del derecho sustancial, pues no existe ninguna razón que justifique que la acción de revisión no proceda en aquellos casos en que los hechos o pruebas nuevas permitan establecer una responsabilidad más grave del condenado, y una mayor indemnización en beneficio de aquellos que sufrieron algún perjuicio con el hecho punible. En el fondo, el demandante argumenta que ese tipo de limitación a la acción de revisión desconoce los derechos de las víctimas de los delitos. Por el contrario, para otro de los intervinientes y para la Vista Fiscal, esa regulación se ajusta a la Carta, pues representa un desarrollo del principio constitucional del <i>non bis in ídem</i>, según el cual, una persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho.</p>	<p>no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas... Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al <i>non bis in ídem</i> a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el <i>non bis in ídem</i>, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado.</p>	<p>humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos,</p>
--	--	---	---	---

					aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.
C 014/04 Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Derechos procesales- debido proceso. Código disciplinario único.	Justicia material frente a la seguridad jurídica.	El actor solicita a la Corte la revocatoria de los fallos disciplinarios, consagrada en los artículos 122 a 127 de la Ley 734 de 2002, no se circunscriba únicamente a los de carácter sancionatorio, sino que proceda también en relación con los fallos absolutorios.	“La decisión legislativa contenida en las normas que en el caso presente ocupan la atención de la Corte, es un fiel reflejo del ejercicio de esa facultad de concreción de los principios constitucionales: La tensión entre, por una parte, el principio de seguridad jurídica y su manifestación a través del non bis in ídem y del principio de ejecutoriedad, y, por otra, el mandato de promoción de un orden justo y de realización de la justicia material, fue resuelta, en el ámbito del derecho disciplinario, permitiendo la revocatoria directa de los fallos sancionatorios pero no la de los fallos absolutorios.”	En este caso la seguridad jurídica prevaleció sobre la justicia material, pues en materia disciplinaria se pueden revocar los fallos condenatorios, pero no se les permite a las víctimas solicitar la revocatoria de los fallos absolutorios por el principio del non bis in ídem.	No se presenta.

<p>T 558/06 Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p>Facultad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios.</p>	<p>Procedencia de la acción de tutela en la limitación de la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios.</p>	<p>El peticionario interpuso acción de tutela contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y contra ELECTRICARIBE S.A. ESP., por la supuesta vulneración de su derecho al debido proceso en los términos consignados en la sentencia T-270 de 2004, por las siguientes razones: (i) la empresa misma con ocasión de la “normalización del servicio” y la instalación del nuevo medidor, en el año 2003, dio lugar a las anomalías en la lectura que posteriormente se imputaron al usuario; (ii) en la diligencia practicada el veintiséis (26) de abril de dos mil cinco (2005) los contratistas de ELECTRICARIBE S.A. ESP. vulneraron el debido proceso administrativo pues no se identificaron, tampoco acreditaron su calidad de personal autorizado e idóneo para adelantar la visita, ni le permitieron ejercer su derecho de defensa; (iii)</p>	<p>“La Corte igualmente ha considerado que los servicios públicos al encontrarse en el marco del Estado social de derecho, constituyen “aplicación concreta del principio fundamental de solidaridad social”, se erigen como el principal instrumento mediante el cual “el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales,” y son la herramienta idónea para “alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva”, así como para asegurar unas “condiciones mínimas de justicia material. Los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia óptimo, que permita dar respuesta a las necesidades sociales imperantes de justicia material y de condiciones reales de igualdad. Dicho nivel de eficiencia se</p>	<p>Las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios que imponen sanciones pecuniarias a los usuarios se pueden impugnar mediante la acción de tutela en la medida que vulneren los derechos fundamentales de los usuarios y comprometan principios y valores fundantes del estado social de derecho</p>	<p>No se presenta.</p>
---	--	--	--	---	------------------------

		<p>sostiene también que la empresa prestadora procedió a cambiar el medidor de energía eléctrica sin haber sometido el aparato a una prueba de laboratorio en la cual estuviera presente el usuario y de un técnico electricista; (iv) finalmente, aduce que ELECTRICARIBE S.A. ESP carece de atribuciones para imponer sanciones pecuniarias, en virtud de lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-720 de 2005. El accionante pide se decrete la nulidad de las actuaciones adelantadas por ELECTRICARIBE S.A. ESP y se revoquen las decisiones expedidas por la empresa prestadora y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante las cuales se le impuso una sanción pecuniaria y se ordenó el cambio del medidor que registra el consumo de energía eléctrica del inmueble en el cual reside.</p>	<p><i>concreta en la "continuidad, regularidad y calidad del mismo" frente a lo cual su prestación "no puede tolerar interrupciones" y mucho menos cuando la interrupción se acomete con el objeto de "hacer prevalecer el interés económico del particular o entidad pública prestataria del servicio frente a los intereses públicos sociales que representa el Estado."</i></p>		
--	--	--	--	--	--