

# EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL EN COLOMBIA\*

## THE STATE OF THE SCIENCE OF PROCEDURAL LAW IN COLOMBIA

*Héctor Enrique Quiroga Cubillos\*\**

---

**Fecha de recepción:** 11 de febrero de 2016

**Fecha de aceptación:** 7 de marzo de 2017

---

### RESUMEN

La hipótesis que intentaré demostrar a lo largo de este trabajo, será: “Que el Estado de la Ciencia del Derecho Procesal en Colombia, no es posible verla desde los trabajos de doctrinantes en la materia, ni sobre los textos legales, sino a través de la jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado a partir de la Constitución Política de 1991”.

**Palabras claves:** Jurisprudencia Constitucional, Sistema Jurídico Positivo, Constitucionalización del Derecho, Función Judicial, Derecho Procesal en Colombia.

### ABSTRACT

The hypothesis that I will try to demonstrate throughout this work will be: “That the State of the Science of Procedural Law in Colombia, it is not possible to see it from the works of doctrinants in the matter, nor on the legal texts, but through The constitutional jurisprudence, that has developed since the Political Constitution of 1991”.

**Keywords:** Constitutional Jurisprudence, Positive Legal System, Constitutionalisation of Law, Judicial Function, Procedural Law in Colombia.

---

\* Este artículo surge de las discusiones desarrolladas en el encuentro latinoamericano de facultades de derecho. Segundo congreso regional. Unam. México. 2016.

\*\* Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, Presidente de la Fundación Internacional Latinoamericana, Académico de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Correo electrónico hequirogac@unal.edu.co

## INTRODUCCIÓN

Es de recordarse que Colombia tiene un Sistema Jurídico Positivo, y por tanto jerarquizado, con la jerarquía que se le asigna a la norma jurídica, como núcleo esencial de tal sistema. La ciencia del Derecho contemporánea reclamaba una constitucionalización de Derecho, como marco de referencia, para todas las categorías e instituciones que integrarían el sistema. Pero la constitucionalización no llegaba solamente al sistema jurídico, sino que todos los sistemas sociales: El político, el económico, el cultural y el religioso debían ser permeados (interpenetrados) por el gran acuerdo social, que se materializa en la Constitución de 1991. Esta cruzada –larga por demás– la asume nuestra Corte Constitucional, bajo el entendido que se trata de la Guardiana de la Constitución, su intérprete de autoridad y la responsable de la prevalencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si el nuevo modelo de Constitución que contiene 13 títulos, en donde el título II se dedica a los “Los Derechos, las Garantías y los Deberes” con un total de 84 artículos, triplicando al siguiente título en número de artículos, era porque los derechos fundamentales tendrían una gran importancia para el nuevo acuerdo social; recordando que dicha Constitución de 1991 surgió de la situación de violencia en que se encontraba sumida Colombia, fruto precisamente del desconocimiento generalizado de tales derechos fundamentales.

La Corte Constitucional para la lucha y defensa de los derechos fundamentales solo cuenta con la función que le otorga la misma Constitución: La función judicial, la que ha de cumplir dentro de los “procesos judiciales constitucionales” que como competencias se le asignaron. Así las cosas, no tiene sino un instrumento para cumplir con tal función que se encuentra inmersa dentro de la función que cumplen los jueces: La Sentencia Judicial. Este instrumento, presenta de manera clásica, unos elementos nucleares: a) Solo pueden ser pronunciadas por los jueces; b) Es el instrumento para resolver las controversias jurídicas que se sometan a su conocimiento de acuerdo con las reglas de competencia que le son aplicables; c) las sentencias tienen fuerza ejecutiva; es decir, deben ser cumplidas por todos aquellos que han sido involucrados en el asunto. Es decir, alcances Interpartes cuando se trate de la acción tutela, y erga omnes cuando se trate de acciones de inexequibilidad o inconstitucionalidad. Y surge inmediatamente la pregunta ¿La Corte Constitucional, en ejercicio de una función judicial muy especial y especializada, y a través de sentencias judiciales si puede cumplir los fines de: Guardiana de la Constitución; intérprete de autoridad del sistema jurídico (incluida la misma Constitución); y garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos? Parece que no. Y esto lo entendió muy bien la Corte; y desde sus inicios (Constitución de 1991) varió la condición de “criterio auxiliar de interpretación” para su jurisprudencia y le asignó a esta

“fuerza vinculante y obligatoria”<sup>1</sup> a sus postulados normativos, no solo los que se incorporan en el *decidum* y sino a los de *ratio decidendi* de sus sentencias constitucionales. Los que se vuelven obligatorios para todos los funcionarios públicos (legislativos, administrativos y judiciales) en el ejercicio de sus funciones. Llegando hasta reconstruir la noción del delito de prevaricato<sup>2</sup>, ampliando el concepto de “violación de ley” cuando haya desconocimiento de las doctrinas jurisprudenciales, por los operadores jurídicos.

Esta posición le ha generado graves enfrentamientos con los distintos poderes públicos, aun con el mismo sistema judicial, especialmente, cuando por el mecanismo constitucional de la acción de tutela ha “revocado” o “anulado” sentencias de la Corte Suprema de Justicia (máximo Tribunal de la justicia Ordinaria en Colombia, por norma constitucional<sup>3</sup>), del Consejo de Estado (máximo Tribunal de la justicia de lo contencioso administrativo en Colombia, por norma constitucional<sup>4</sup>) y aun del Consejo de Superior de la Judicatura (cuando actúa como juez disciplinario). A través de sus sentencias constitucionales ha trazado lineamientos de futuro para la administración pública, tanto en las políticas públicas a desarrollar como en la economía, lo que según las autoridades administrativas le ha generado desajustes económicos y presupuestales al Estado. Al Congreso de la República también le ha establecido lineamientos de futuro, para que los tenga en cuenta a la hora de legislar; y es más haciéndole exigencias para que legisle sobre temas, en donde hay vacío legislativo, y de no hacerlo lo hace la Corte por vía judicial. Llegándose a acusar a la Corte Constitucional de haberse convertido de un “legislador permanente”, y ello apoyado en una de sus primeras sentencias constitucional cuando afirmó que las sentencias de la Corte Constitucional son “una forma de derecho legislado” y que entre la Constitución y la Sentencias de la Corte “no cabe ni una hoja de papel”<sup>5</sup>.

El Problema. Todo esto, ha tenido distintas miradas. La Corte Constitucional se ha defendido con fuertes argumentos, teóricos, políticos y legislativos y de la misma manera lo han hecho sus detractores. Pero lo preocupante es que en medio de dicha lucha de “poder” o de “egos” está el ciudadano, que perplejo observa lo que ocurre y la incertidumbre puede invadirlo, atemorizarlo, y hasta neutralizarlo. Sin embargo, este trabajo no tiene la pretensión de llegar a todos los rincones del debate, ni se asume posición si se observa bien o mal las distintas actitudes. Por ahora, y como el estudio es de ponencia para el verificar el Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina, me corresponde presentar un estado del arte de

- 1 Corte Constitucional: Sentencias: C-131/94; T-292/2006; C-836/2001.
- 2 Corte Constitucional: Sentencia: C-335/2008.
- 3 Constitución Política De Colombia. 1991. Art. 234
- 4 Constitución Política De Colombia. 1991. Art. 237 Numeral 1.
- 5 Corte Constitucional. Sentencia C-113 DE 1993.

lo que ocurre en Colombia, y ello limitado a una rama del Derecho como es la del Derecho Procesal. Es decir, detectar cuales categorías procesales y de qué manera han tenido (adelanto o atraso) modificación (en su conceptualización y efectos) por cuenta la jurisprudencia constitucional, ahora “obligatoria y vinculante”. Y solo después de mostrar y estudiar lo que ha ocurrido podríamos asumir posiciones responsables frente a la situación del proceso judicial.

Hacer una observación del “Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina”, en mi criterio, comportaría asumir de entrada una posición que indique claramente el objeto que desarrollaría tal observación. ¿Se trata de observar si los estudiosos latinoamericanos del Derecho, se encuentran al día en la recepción de las teorías que ofrecen los europeos o los norteamericanos?, o por el contrario, ¿nos hemos quedado atrás?, si la respuesta es afirmativa, entonces, el punto de partida consistirá en un cotejo entre Latinoamérica y sus influencias, pero con una mayúscula dificultad: que en Latinoamérica se asume una gran cantidad de teorías, aun disímiles, dependiendo la situación económica y política en que se encuentre cada país; y ello impulsado por la inestabilidad económica y política que la región acusa. Por tanto, casi que el inventario habría que hacerse, individualmente, en cada país, a fin de observar luego, cuál sería la mayor influencia y el derrotero tomado. Pero si se admite, que las condiciones sociales, políticas, etc., latinoamericanas implican la estructuración de nuevos modelos jurídicos (muchos inéditos), para atender la crisis en que están sumidos varios de sus países, entonces, la complejidad aumenta, pues en varios casos habría una duplicidad (si así se puede decir) de sistemas jurídicos en un mismo país, Ejemplo: “el sistema jurídico vigente” y “el sistema de transición”. Entonces, para establecer el “Estado de la ciencia del Derecho en América Latina”, tendrá otros ingredientes, y necesitará de varios encuentros académicos continuos para llegar a conclusiones sólidas y orientadoras para la comunidad académica.

Por lo pronto, para mi país Colombia, su sistema jurídico se encuentra aún anclado en el pasado. La Constitución Política de Colombia que alcanzó un buen tiempo de estabilidad, fue la Constitución de 1886 (vigente hasta 1991), y que se consideraba el “marco Legal” en que debida desarrollar el sistema jurídico. Constitución influida por la conceptualización política, social y jurídica de la época (Democracia Representativa), con varias reformas, consideradas más bien de ajustes y de actualizaciones: (Reforma Constitucional de 1910; 1936; 1945; Plebiscito de 1957 y reforma de 1968). Pero en esencia, la parte dogmática de la Constitución de 1886 se mantenía incólume.

Las legislaciones de la época y especialmente las codificaciones fueron posteriores (casi inmediatamente a dicha Constitución de 1886) así: el Código Civil de 1887 (sobre el proyecto de Andrés Bello, con varias reformas posteriores y

hoy vigente); El Código Judicial con varias reformas: Ley 105 de 1931 – Código Judicial, luego un nuevo Código de Procedimiento Civil de 1971, vigente hasta enero de 2016 (Código con influencia del Codice di Procedura Civile de Italia de 1946 – Código de Posguerra); el Código Procesal del Trabajo de 1948; el Código Contencioso Administrativo de 1984, Ley 1 de 1984 (vigente hasta el 2011); el Código de Comercio (Decreto – Ley 410 de 1971 (cuando se separa del civil, aun vigente hoy). El Código Penal de 1980; el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987 como Código de Procedimiento Penal).

Toda esta legislación tenía como soporte la Constitución Política de 1886. Y el sistema jurídico se encontraba dentro de un marco de categoría legal. El control de constitucionalidad que sobre el sistema se hizo, durante casi un siglo, lo fue por la justicia ordinaria (Corte Suprema de Justicia), que respondía a todos los paradigmas de positivismo formal. Por tanto, todo lo que se legislara debía tener una adecuación al texto expreso de la Constitución. Traspasar los linderos de la Constitución implicaba el retiro inmediato de las normas acusadas del sistema jurídico, pues a este se le debía proteger por su condición de ser completo y coherente.

Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, Colombia entró a un “Sistema Jurídico Constitucional”, basado en un “Estado Social de Derecho”<sup>6</sup>, en donde el reconocimiento y respeto a los Derechos y Garantías Fundamentales, en toda la institucionalidad del poder, constituyen el paradigma adoptado<sup>7</sup>. Pero no se

6 Sentencia Corte Constitucional T-406/92. “: En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al alcance del estado social de derecho, y el segundo a la delimitación de los derechos fundamentales. ...”.

7 IBIDEM. D. El Estado social de derecho y los derechos fundamentales. 11. La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de la crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo en los derechos que son fundamentales - de hecho en los convenios internacionales existe tal acuerdo - pero es difícil saber, a priori, como se aplican. El asunto es: en caso de conflicto - y esto es lo más corriente- entre dos o tres derechos, cuál debe tener prioridad?. El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuales es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría. Si lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, se juega en el ámbito de la relación entre los mismos, esto trae como consecuencia: 1) que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia; 2) que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela); 3) de esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina). 12. Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de

ingresó inmediatamente a una adecuación de la legislación ordinaria a los nuevos postulados constitucionales, sino que por el contrario, la Codificación se mantuvo vigente. Y Solo podemos reportar como nueva codificación: El Código General del Proceso (Ley 1564 de julio de 2012, con vigencia gradual, pero en forma total a partir del 16 de enero de 2016); El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, con vigencia en el año 2012); Los Códigos de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) que están vigentes hoy; y la demás codificación anterior aún está vigente. En términos generales dichos “nuevos” códigos tuvieron la pretensión de adecuarse a la forma del juicio ORAL, más que a buscar otros tipos o modelos de juzgamientos, y por el contrario, se conservan en alto grado los paradigmas ya existentes.

En lo referente a los Códigos Procesales, sus categorías se mantienen, en muchas de ellas la redacción normativa es la misma. Es por ello, que no podemos hablar de un cambio de paradigmas. Y tratándose del Código General de Procesal, este mantiene la estructura del Código de Procedimiento Civil del 1971 (en cuanto a Libros, Títulos y Capítulos ya existentes). Se abandona el procedimiento plenario (ordinario y abreviado) como procedimiento tipo; y se asciende al procedimiento verbal a la condición de procedimiento tipo, que ya estaba regulado en el Código de 1971. La estructura del procedimiento ejecutivo se mantiene con varias modificaciones de forma, que no inciden en su estructura.

Asimismo, los doctrinantes han asumido frente a tales cambios la condición de comentaristas de los mismos, claro está, que unos para apoyarlos y otros para cuestionarlos, pero de todas maneras, los unos y otros girando en torno a tales pronunciamientos legislativos.

De otro lado, es de advertir que Colombia encuentra en un “proceso de paz”, y para su logro, está configurando un sistema jurídico “transicional”, porque el sistema vigente no da respuesta a los anhelos y reclamos de la subversión, para su reintegro a la vida civil. Pero el ingreso de una “justicia transicional”, pone en tela de juicio la validez y legitimidad de muchas de las categorías procesales, que desde las influencias europeas y norteamericanas se consideran inamovibles. Al momento de redactarse esta ponencia no se conoce con plenitud el tipo de modelo para dicha “justicia transicional”.

los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

# 1. LOS NUEVOS PARADIGMAS PROCESALES Y LOS CAMBIOS PRODUCIDOS Y SU DESARROLLO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como lo advertimos inicialmente, la Constitución Colombiana de 1991, surgió por la necesidad política, de dar salida a una situación de violencia y guerra, en que se encontraba sumido el país, y a través de una Asamblea Constituyente se dictó dicha Constitución. Los nuevos paradigmas políticos, entraron a alterar las categorías jurídicas y especialmente las procesales. No sin antes decir, que el sistema jurídico no se preparó para tal cambio, sino por el contrario, mantuvo toda una legislación basada en la Constitución de 1886. Y sólo fue a través de la Jurisprudencia Constitucional de la ahora creada Corte Constitucional (al estilo Italiano), la que debía garantizar la vigencia del nuevo modelo constitucional. Todo por la vía de las llamadas acciones de inconstitucionalidad o inexecutableidad, que como ya se advirtió estaba en manos de la jurisdicción ordinaria presidida por la Corte Suprema de Justicia, y ahora la acción de tutela como instrumento nuevo para hacer vigentes los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Pero ese sistema jurídico anterior tuvo que revisarse nuevamente frente al nuevo referente constitucional, y así la Corte Constitucional fue moldeando tales paradigmas, haciendo los ajustes del caso a la antigua legislación, bien declarando inconstitucional los textos legales y retirándolos del sistema, o con inexecutableidades parciales, para retirar los fragmentos de las normas que fueren contrarias a los paradigmas, o con “executableidades condicionadas”, que implica determinar y precisar el alcance de la interpretación y de la aplicación de las normas jurídicas revisadas. Así las cosas, las primeras sentencias constitucionales entraron a sentar las bases del nuevo Estado Constitucional de Derecho, y de ahí la función de los jueces en ese nuevo modelo. Veamos:

## 1.1 Las estrategias de justicia en la constitución de 1991

El sistema jurídico colombiano trazó cuatro estrategias para cumplir con el postulado de justicia al cual está comprometido desde la Constitución.

La primera correspondió a los mecanismos alternos de solución de conflictos<sup>8</sup>,

8 Corte Constitucional. Sentencia: C-1195/01. “... La implantación de estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: (i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal. Estos mecanismos son frecuentemente utilizados para resolver controversias sobre contratos comerciales y civiles, responsabilidad extracontractual, procesos de separación y divorcio, alimentos y custodia de los hijos, disputas por despidos injustificados o por políticas discriminatorias en materia laboral, controversias sobre contratos administrativos y recientemente también como instrumentos para facilitar la participación ciudadana en el diseño de políticas e instrumentos legales conjuntamente con las autoridades. Aun cuando en un principio estos mecanismos fueron establecidos

en donde incorporó la conciliación<sup>9</sup>, la amigable composición<sup>10</sup>, el arbitraje<sup>11</sup> y el dictamen pericial técnico. Estos mecanismos constituyeron la estrategia

*para que los particulares acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia de la cultura del litigio ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la mediación ya sea en la etapa prejudicial, o durante el proceso judicial...".*

- 9 Aspectos generales de la conciliación. 3.1. La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable. Procura evitar litigios de larga duración y mejorar las relaciones entre las partes, en la medida en que el procedimiento garantiza imparcialidad, rapidez, confiabilidad y reconocimiento del acuerdo logrado, en circunstancias dentro de las cuales los interesados suelen tener dificultades para avenirse espontáneamente, pero sí mantienen disposición de arreglo si un tercero neutral lo promueve. 3.2. Usualmente, como en la normatividad colombiana, existen dos tipos de conciliación, la extrajudicial y la judicial. La primera se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. Según el artículo 3° de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través “de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad”. Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad. Entonces, dependiendo del momento y del escenario, la conciliación puede servir para poner fin a un proceso, o para evitar que se inicie. 3.3. Esta corporación, mediante sentencia C-893 de agosto 23 de 2001, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, al referirse a la conciliación en materia laboral explicó: “Las características fundamentales de la conciliación son las siguientes...”.
- 10 Sentencia C-330/12. *“AMIGABLE COMPOSICION-Concepto. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas. AMIGABLE COMPOSICION-Características- La jurisprudencia identifica las características principales de la amigable composición que la diferencian de otros mecanismos de resolución de conflictos, especialmente el arbitramento, a saber: ...”.*
- 11 Sentencia C-330/12. *“ARBITRAJE. ARBITRAMENTO-Características. Las características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: (i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia. (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. ... La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral... (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros....”.* (iv) Es excepcional, pues “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”... (v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”. En este orden de ideas, son inherentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal”.

más importante para nuestra Constitución de 1991, pues los altos grados de congestión judicial ahogaban el poder judicial, y era necesario aportar por otras formas de solución de conflictos que no fuere la judicial, sino que los ciudadanos participaran en la búsqueda y construcción de la solución a su propio conflicto. Por ello mediante un estatuto especial lo desarrolló y llegó hasta el punto de imponerlo como requisito de procedibilidad, antes de acudir ante los jueces en busca de una solución impositiva a la contienda. En conclusión, este tipo de estrategia tiene como virtud que las partes involucradas son quienes busquen de una manera consensuada la solución a su controversia (como en la conciliación) o que son las mismas partes involucradas en la contienda quienes escogen al tercero juzgador (árbitro) para que ofrezca la solución.

La segunda estrategia correspondió a la justicia comunitaria<sup>12</sup> de los jueces de paz. La Constitución de 1991, en su artículo 247 crea la jurisdicción de paz, dejando en manos de la ley (Ley 497 de 1999) la reglamentación, organización y funcionamiento de los jueces de paz, quien han resolver esencialmente conflictos individuales y comunitarios. Varios reparos se han efectuado a la concepción que de la jurisdicción de paz se acogió en la citada ley. La primera de ellas, que es el origen popular en la selección de los jueces de paz. Si bien es cierto la Constitución en su artículo 247 no impone tal elección, sino que lo deja a discreción de la ley, esta ingenuamente cayó en la trampa del populismo y el democratismo a ultranza. Como sabemos, las elecciones populares en nuestro medio siguen siendo manipuladas por el clientelismo, el gamonalismo y los barones electoreros que se apoderan de los cargos de elección popular (como las alcaldías y las gobernaciones), imaginemos que puede pasar ahora en que puede elegirse los jueces de paz. Esperamos que esta institución no vaya a convertirse en una frustración más para el pueblo colombiano. El ejemplo lo tenemos a la vista, en primer lugar, la elección popular de alcaldes, en su momento, se consideró como un avance democrático, hoy por hoy se ha convertido en el foco de corrupción más grande del país y especialmente en la contratación administrativa. En segundo lugar, Si este va a ser el origen de los jueces de paz, imaginemos ahora que estos puedan resolver los conflictos individuales y comunitarios de su competencia, en equidad. La equidad no implica contraria a la ley, todo lo contrario, acorde con la ley. La ley, para su conocimiento requiere de unos estudios básicos para su correcto entendimiento y aplicación, ahora imaginemos la equidad manejada por quienes son manipulados por el poder y

12 Corte Constitucional Sentencia: C-059/05 “En la Constitución de 1991 existen dos importantes instituciones que le dan participación a los particulares en la administración de justicia: la conciliación en equidad y la justicia de paz, previstas en los artículos 116 y 247 del Ordenamiento Superior, respectivamente. Se trata de nuevos mecanismos que promueven la solución pacífica de conflictos en el contexto comunitario y que lejos de pretender sustituir la administración de justicia en manos de las autoridades estatales, son espacios diferentes a los despachos judiciales que brindan la posibilidad de que con el concurso de particulares se puedan dirimir controversias de manera pacífica.”

que desconocen los fundamentos constitucionales de la ley<sup>13</sup>. Sin embargo, en su favor puede decirse que son las costumbres comunitarias la que regirán la aplicación de este tipo de justicia.

La tercera estrategia corresponde a la justicia de indígena<sup>14</sup>. El artículo 246 de la Constitución Política otorgó funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, a las autoridades de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus propias normas y procedimientos. Ante el reconocimiento de esta de este tipo de jurisdicción se hace necesario un estudio muy detenido de sus alcances, a fin de no cometer errores que pueden ser nefastos para la convivencia de los pueblos indígenas y en sus relaciones con las demás comunidades no indígenas. Varios aspectos habrá de tenerse en cuenta para observar esta forma de juzgamiento, que no pueden mirarse con la misma óptica con que se miran los procesos no pertenecientes a la jurisdicción indígena, tales como: El derecho indígena es eminentemente consuetudinario y por tanto no escrito. Que los valores, normas y comportamientos que rigen una comunidad indígena pueden diferir de los de otra comunidad también indígena. Que los principios que informan los juicios dentro de las comunidades indígenas son opuestos o distintos a los que informan el proceso judicial que conocemos. Que la cosmovisión del mundo que tienen estas comunidades es distinta de la que tenemos nosotros. Por tales razones, habrá de tenerse mucho cuidado a fin de no enfrentar culturas y la utilización de mecanismos judiciales nuestros, deberán tener una total flexibilidad para poderlos adaptar al sistema de aplicabilidad de las culturas indígenas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional para el desarrollo de esta forma de justicia ha establecido cuatro criterios para el correcto funcionamiento la

- 13 Ardila Amaya, Edgar. ¿La justicia en equidad puede ser justicia comunitaria?. *“Para ilustrar esta afirmación, resulta pertinente recordar la posición de Rodrigo Uprimny con relación a que la justicia de paz puede ser entendida como una institución bisagra que incorpora elementos de la administración de justicia estatal y de los usos y costumbres comunitarios (Uprimny, 2000: 65). Por una parte, la justicia de paz es una figura reconocida por el Estado que la inviste de autoridad y le otorga un mínimo poder de coacción. Pero, por otra parte, representa una figura cuya decisión tiene como base los usos y las costumbres de la comunidad”*.
- 14 Corte Constitucional. T001/12. Jurisdicción Especial Indígena. *“... La jurisdicción especial indígena se define como derecho autónomo y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria” Sentencia T-728 de 2000, el fuero indígena corresponde al derecho, “...del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...). La Sentencia T-617 de 2010 definió el fuero indígena como “...un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa. ...”*.

jurisdicción indígena. Sin la presencia de estos: o se desconoce su naturaleza y de ahí se vulnera la Constitución; o se desvía del modelo pluralista adoptado, con la misma consecuencia de vulneración Constitucional. Tales son: el objetivo, que implica la asignación de conocimiento y solución a la comunidad cuando la controversia pertenezca al ámbito indígena. El territorial, que implica una ocurrencia de los hechos en el ámbito espacial de asentamiento de una comunidad indígena; el Subjetivo o personal, que implica que el juzgamiento es exclusivo para sujetos calificados como indígenas. Y el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predecibilidad de carácter genérico<sup>15</sup>. Y de otro lado, desde artículo 246 de la Constitución (Sentencia Corte Constitucional: C-713 de 2008) la jurisdicción indígena no hace parte de la rama judicial aun cuando desde el punto de vista de la función judicial si la ejercen, pero no hacen parte de la rama desde el punto de vista de la estructura orgánica. Inicialmente asignados a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior. Se proyecta la creación del Viceministerio de Acceso a la Justicia adscrito al Ministerio de Justicia. Es decir, esta estrategia mantiene una aplicación de un Derecho regido por las costumbres.

La cuarta estrategia, es decir, la impositiva ante el fracaso de la persuasiva. Corresponde al antiguo proceso judicial. Instrumento que ha sido objeto de una reformulación jurídica. Hasta el punto que la decisión judicial ha adquirido una importancia inusitada, toda vez, que ha entrado (la sentencia) a convertirse en una nueva fuente del Derecho, ante el reconocimiento de que en la actividad judicial, el juez es creador de Derecho, por cuanto se reputa la decisión judicial como la ley para el caso concreto. Y esta debe ser cumplida por quienes sobre ellos ha recaído. Sin embargo, esta actividad judicial debe estar rodeada de una serie de garantías para los asociados, como quiera que si se les obliga a acudir a ella, también debe garantizarse que su acceso sea expedito, su actuar sea el debido y que la solución se cumpla<sup>16</sup>. Mediante esta estrategia de aplicará el Derecho legislado.

Como conclusión general, podemos decir que con estas cuatro estrategias de justicia se intenta dar desarrollo al postulado constitucional democrático de pluralismo social. Pero que tales condiciones de pluralismo no pueden ser

15 *Ibidem*.

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. “: En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al alcance del estado social de derecho, y el segundo a la delimitación de los derechos fundamentales. ...”.

reducidas a un simple postulado normativo, sino que los modelos de justicia de las diversas relaciones sociales sean una realidad.

## 1.2 El juez en el estado social de derecho

El Estado Social de Derecho. La Constitución Colombiana optó, para su sociedad, por un Sistema Constitucional de Estado Social de Derecho, lo que demandaba el establecer un pronunciamiento que diera las directrices, lo que por tal modelo se debe entender. Y fue la nuestra Corte Constitucional la que tomó ese papel, y mediante la sentencia de Tutela T-402/92 los fijó por vía jurisprudencial. Se partió de la asignación, a la Constitución, de la fuerza de norma jurídica, lo que comportaba decir que todas sus disposiciones alcanzaban una fuerza impositiva, propia de la norma jurídica. Y que la Constitución dejaba de ser un catálogo de buenas intenciones y de anhelos metafísicos para pasar a ser un componente material de la visión de una sociedad, que aspira a realizar, por lo menos una convivencia pacífica para sus integrantes. Máxime que para Colombia, su escenario social y político estaba atravesado por un conflicto armado interno, que superaba con creces medio siglo de muerte y marginalidad, a lo que se unieron dos actores devastadores como el narcotráfico y el paramilitarismo. Colombia dentro de ese modelo Estado Constitucional de Derecho, le apostó por la prevalencia y vigencia de los Derechos Fundamentales, reconocidos por la misma Constitución, y que mejor instrumento para su imposición que la SENTENCIA JUDICIAL para tal efecto. Y siendo esta una figura de carácter procesal, que sólo se produce en el ámbito del proceso judicial, adquirió una gran dimensión y alcance de sus efectos. Pues dejó de ser el proceso, solamente el mecanismo para solucionar casos en la relación: norma jurídica –hechos individuales, para establecerse una nueva relación al alcance de proceso, norma constitucional–hecho social.

## 1.3 El debido proceso como categoría superior del proceso judicial dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho

El proceso judicial debe adelantarse en Colombia, de acuerdo con los postulados del debido proceso, según el mandato establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. El debido proceso comporta varios elementos desde la norma constitucional antes mencionada, entre los cuales se ha destacado, la competencia del juez previamente establecida, las formas propias de cada juicio, y el derecho de defensa. Sin embargo la nuestra Corte Constitucional ha

ido perfilando el debido proceso con la incorporación de otros elementos que en su entender se encuentra implícitos en este postulado, veamos:

*“5.3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído 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 cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas...”<sup>17</sup>. Las subrayas fuera del texto.*

Tales elementos deben ser desarrollados tanto teórica como jurisprudencialmente, y creo que su desarrollo debe ser el siguiente:

### **1.3.1. La Independencia Judicial**

La independencia constituye el primer elemento que ha de reunir el juez a fin de poder juzgar o realizar el reparto con justicia. La independencia también desarrolla el principio supremo del proceso que lo constituye el debido proceso. La independencia consiste en la depuración del ánimo del repartidor de influencias

17 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia. C-341/14. Mag. Pon. Mauricio Gonzalez Cuervo.

producidas por los poderes públicos, que en un momento determinado obliguen a actuar sin la rectitud requerida.

La diferencia entre la imparcialidad y la independencia se presenta en el hecho de ser la primera el género y la segunda una especie de aquélla. La independencia contribuye a la realización de la imparcialidad, por ello tienen un nexo estrecho de relación causal. Si falla la independencia conduce a la parcialidad del juzgador, mientras que el juez puede ser parcial pero con independencia, esto es, el rompimiento de la imparcialidad puede producirse por causas distintas a la que producen la dependencia.

El órgano jurisdiccional constituye uno de los elementos integrantes del Estado, y como tal puede sufrir la influencia tanto de los otros poderes como de los propios órganos judiciales, a los cuales solo debe observancia en los casos establecidos en la Constitución y la ley. Son muchas las formas en que los jueces pueden verse influenciados por las demás ramas del poder público, ya desde el punto de vista económico, político, etc. Pero lo cierto es que toda esa gama de circunstancias lo llevan a romper en muchos casos la tan anhelada imparcialidad. La Constitución Colombiana pretende mantener a sus jueces dentro de la mayor independencia. Independencia que consagró expresamente en el artículo 228 de la Carta al disponer que la administración de justicia es función pública y sus decisiones son independientes.

- a. La Independencia frente a los otros poderes públicos. La primera forma de garantizar dicha independencia corresponde a la llamada División de Poderes la que viene siendo incorporada a nuestra Constitución desde 1886, de tal manera que las facultades un poder llegaban hasta donde empezaban las del otro, y se prohibía a un poder inmiscuirse en la competencia privativa de otros (artículo 78, numeral 2 de dicha Carta). Esta prohibición se justifica en la medida en que tales intromisiones podían dar al traste con la independencia de cada uno de los poderes, lo que llevaría al peligro de absorción, de un solo poder, de todas las funciones estatales y de ahí la desaparición de los otros dos. La Constitución de 1991, por el contrario, asumió la unidad del poder (uno solo), aun cuando este podría dividirse en ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial; y al lado de estas prescribe otros órganos autónomos e independientes con funciones separadas que colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado<sup>18</sup>. Entre los “otros” órganos autónomos e independientes la misma Constitución incorpora: los llamados organismos de control tales como “La Procuraduría General de la Nación”<sup>19</sup>,

18 Artículo 113 de la Constitución Política de Colombia.

19 Artículos 117 y 118 de la Constitución Política de Colombia.

“La Contraloría General de la República<sup>20</sup>”, “la organización Electoral<sup>21</sup>”, “El Banco de la República<sup>22</sup>”, “La Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena<sup>23</sup>”. “Las Universidades<sup>24</sup>”. Sabido es que la división de poderes o del poder, corresponde a un postulado democrático. Pues la democracia exige que el poder no esté en unas solas manos, porque esto termina generando autoritarismo, y dará la traste con dicha democracia.

En cuanto a la función judicial se asignó a la “Rama Judicial”<sup>25</sup>, integrada esta por “La Corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado, El Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la República, Los Tribunales Superiores y los jueces...”<sup>26</sup>. Pero también se asignó funciones judiciales a: la “justicia Penal Militar”; al Congreso de la República; y “excepcionalmente” a “determinadas autoridades administrativas”. Y a fin de justificar estas formas de “justicia” la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

JURISPRUDENCIA. Autonomía e independencia del órgano jurisdiccional. Como es sabido, el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces. La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales. En este punto resulta de importancia anotar que el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales -como es el caso del Senado y del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional- o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia -mediante el concurso económico, logístico o material- no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia

20 Artículos 119 y 267 de la Constitución Política de Colombia.

21 Artículos 120 y 285 de la Constitución Política de Colombia.

22 Artículos 371 de la Constitución Política de Colombia.

23 Artículos 331 de la Constitución Política de Colombia.

24 Artículos 69 de la Constitución Política de Colombia.

25 Artículos 228 de la Constitución Política de Colombia.

26 Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial. La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política. 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 sólo 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.<sup>27, 28</sup>

Muy a pesar de lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la independencia de quienes cumplen funciones jurisdiccionales se puede encontrar en tela de juicio, especialmente, cuando se asignan este tipo de funciones a entes administrativos, que han parte del poder ejecutivo y que por su naturaleza desarrollan el principio de “dependencia”, muy al contrario al que informa a los jueces: la Independencia, que se pregona en el artículo 228 de la Carta. Los administradores establecen políticas que son propias de los Gobiernos, y todos los funcionarios subalternos deben ser proclives a ellas, pues el Presidente de la República es la máxima autoridad administrativa de la rama ejecutiva y su programa de gobierno debe ser desarrollado. Por tanto, se observa que en la función judicial que puedan ejercer estos tipos de funcionarios no se estaría garantizando la independencia con que deben actuar en este tipo de función, pues estos deben responder a las directivas que sus superiores jerárquicos les indican. En conclusión, considero que esta es una de las “antonomias” o mejor “contradicción” democrática en que incurrió nuestra Constitución, que aspiro que en el futuro se corrija.

- b. La Independencia frente a los propios órganos judiciales. Los jueces no pueden sufrir presiones sus superiores jerárquicos para que tomen decisiones en uno u otro sentido que le sugiere o insinúa tal superior, pues ello implica

27 Sobre la vigencia de este principio, dentro de los postulados de la Carta Política de 1991, cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-540/1993 del 24 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037/96 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

una indebida injerencia de un juez superior sobre la actividad judicial de un inferior. La Ley Estatutaria de la Justicia, (Ley 270 de 1996) estableció en el artículo 50., precisamente, la prohibición a los superiores jerárquicos del juez, de insinuarle o sugerirle la forma como debe tomar sus decisiones judiciales. Sin embargo, tal prohibición debe matizarse respecto del carácter funcional de las decisiones judiciales. Pues, si el criterio a imponerse a un juez inferior es en desarrollo del trámite de los recursos legalmente adelantados no podríamos decir que estamos frente a la violación del principio de independencia. De otro lado, merece especial atención el pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno al artículo 50. de la ley 270 de 1996 (sentencia C-037 de 1996) en donde interpreta la constitucionalidad de la norma sin perjuicio del carácter vinculante que se le atribuye a la doctrina constitucional. Que si bien, no son producidas tales decisiones, en desarrollo de recursos ordinarios o extraordinarios, por ser la Corte Constitucional la guardiana de la Constitución y por supuesto el intérprete de la misma, la ley se aplicará de la manera como ésta la interpretó, puesto que quien aplica la ley aplica la constitución. Corresponde el anterior criterio a la función integradora de la doctrina constitucional, consagrado en el artículo 80. De la ley 153 de 1887, cuyo alcance y exequibilidad fue declarado en la sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional.

Es de anotarse, que la Constitución de 1991 avanzó en este aspecto y el artículo 256 de la carta, atribuyó al Consejo Superior de la Judicatura, la elaboración de las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales. Listas que deben ser respetadas por las entidades que han de realizar los nombramientos, pues se supone que su integración se ha efectuado con criterios de calidades y experiencia académica y judicial. La independencia funcional del juez se obtendrá depurándola de todos los agentes extraños que pretenden manosearla. Uno de los mecanismos diseñados por la ley, para tal efecto, es la llamada carrera judicial. Lamentablemente esta función de elaboración de listas por el Consejo Superior de la Judicatura, tiene este en el ojo de huracán. Se acusa a esta Corporación de utilizar dicha función para hacer favores, para que cuando lleguen los concursantes a las Cortes sacar ventajas indebidas de sus posiciones, o para luego de su retiro del Consejo concursar para las vacantes de magistrados, con el favor ahora de los por este seleccionados, es lo que se ha llamado en nuestro medio “la puerta giratoria judicial”, yo te nombre y luego tú me nombras. Como en todo, hay algo de cierto, pero también hay algo de fábula. Muchos concursantes, también, cuando no son seleccionados hacen acusaciones injustas. Pero lo que sí está claro es que el Consejo Superior de la Judicatura no es bueno ni malo per se, depende de sus miembros, de sus competencias que se les entregue y las inhabilidades que se les imponga. Si todo esto se ajusta a una absoluta rigurosidad, como por ejemplo que cumplido su

periodo no pueden ejercer cargos en el poder judicial ni ejercer la profesión de abogados, entre otras, empezáramos por sanear la situación.

### 1.3.2. La imparcialidad judicial

El órgano jurisdiccional, encarnado en el juez, es el encargado por la Constitución Política de Colombia, en su artículo 228, de ejercer la función judicial a través de sus decisiones que serán independientes y solamente sometidas al imperio de la ley, función a la cual se puede acceder por toda persona siempre y cuando cumpla con los requisitos que para cada cargo exija la misma constitución y la ley. El juez, institución subjetiva, y tal vez la más importante en el estudio del debido proceso, ha de cumplir con ciertas condiciones fundamentales, las cuales deberán permanecer presentes durante todo el juzgamiento, y de no ser así, se pone en grave peligro el valor justicia y la vigencia de la misma organización judicial que la desarrolla; tal es el caso del juez natural y el juez imparcial.

- a. El juez imparcial. El hombre desde los albores de la civilización siempre ha sentido el temor del juzgamiento, pero su mayor preocupación la ha constituido el hecho de saber quién ha de juzgarlo: ¿un juez implacable?, ¿un enemigo?, ¿un amigo?, ¿un hombre?, etc. Ante todas estas angustias, la ley ha tratado de despejarlas entregándole la conducción de la contienda procesal a un tercero, a fin de que el reparto sea lo más justo y equitativo. Pero, ello no se obtiene simplemente por la designación del tercero repartidor. Se hace necesaria una serie de mecanismos que solamente en la medida de su correcto funcionamiento permiten llegar a obtener la verdadera imparcialidad. El primer aspecto de la imparcialidad, que preocupa al hombre es el espíritu humano, que no siempre se conduce depurado de las pasiones más bajas, y en muchos casos las pone en acción a fin de tomar ventajas o beneficios para su propia existencia; o para alimentar su propia morbosidad que lo conduce a la venganza o a la concupiscencia; todos estos peligros preocupan en el momento del juzgamiento, pero habrá de hacerse una clasificación previa, a fin de desmenuzarlos. El tercero 'imparcial' puede ser parcial. En efecto hay que tener en cuenta la existencia, en la generalidad de los casos, de circunstancias mediatas de tipo religioso, cultural, Político, etc., que vienen a incidir normalmente en la resolución judicial, problema que ha sido tratado por Alipio Silveira en su trabajo "La premisa inarticulado de la sentencia", quien después de afirmar que el juez por muy íntegro y competente que sea, no puede ser absolutamente imparcial, porque la imparcialidad es la negación de la vida, agrega que el hecho de no existir imparcialidad absoluta o total, nos lleva clara y concretamente a admitir lo que un gran magistrado norteamericano, Oliver Windell Holmes, denominó: "La premisa mayor inarticulada"; los magistrados como hombres que son, guardan en su sub-

consciente acervos de preconceptos y prejuicios de ideas y de ideologías de simpatías y antipatías, y ese conjunto aun cuando no se den cuenta de ello influiría sutil pero eficazmente en sus sentencias. Sin embargo, todas las reflexiones que se hagan frente al tema de la imparcialidad no pasaran de ser anhelos irrealizables, si no se asume un compromiso con los valores de la rectitud, la honestidad y moralidad. Valores que no solamente debemos exigir a los operadores de la justicia, sino a nosotros mismos en todos los actos de nuestra vida. ¿Con qué autoridad moral pedimos imparcialidad y moralidad si nosotros no lo somos?. Se ambienta un criterio denominado “ajenabilidad” para hacer notar que simplemente los jueces deben ser ajenos a las partes y a las causas para derivarse de allí la imparcialidad. Creo que esta es mucho más que un simple distanciamiento de los sujetos procesal y del objeto de proceso, es también una predisposición de espíritu en la búsqueda de la justicia. Que no existan, por ejemplo, preconceptos discriminatorios hacia una de las partes, aun cuando el sujeto procesal involucrado no represente mucho para la persona del juez.

- b. El juez natural. La figura del juez natural ha sido considerada de vieja data. El juez que ha de conocer de la causa debe estar señalado o establecido con anterioridad a la ocurrencia de los hechos. No podrá hacerse nombramiento de jueces especiales de juzgamiento, para juzgar hechos ocurridos con anterioridad al nombramiento que se consideran especiales por su gravedad o de los cuales está interesado el gobernante de turno.

La Constitución Colombiana de 1991 consagró en el artículo 29, la figura del juez competente, al establecer que nadie podía ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente. Tal disposición constitucional comporta una asignación por parte de la ley de las materias que son asignadas a los jueces y tribunales legalmente constituidos. Pero esta asignación podrá verse vulnerado cuando el Tribunal o Juez competente es alterado en su origen o en su composición, para ahora, hacerlo “especial”. EL origen del Tribunal estará alterado como cuando se pasa a otro ente que no tiene propiamente estas funciones para que ahora conozca de ellas. La composición del Tribunal estará alterada cuando sin pasar a otro ente, él intestinamente soporta un cambio de los integrantes o magistrados, para que ahora estos conozcan de la causa.

Es necesario precisar que el concepto de juez natural y no es el mismo que corresponde al del juez competente<sup>29</sup>. El juez natural corresponde al sujeto que

29 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358/97. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. *“Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los*

está en condiciones de decidir una causa, por conocer de primera mano, las circunstancias en que el justiciable en su momento debió actuar en ciertos y determinados casos. Así por ejemplo, un “tribunal médico” está en mejores condiciones de juzgar a un galeno, a quien se le acusa de haber ejercido la medicina con negligencia, en un caso determinado. Un tribunal militar estaría en esas mejores condiciones de juzgar la conducta desplegada por la tropa, por ejemplo, en combate. Es decir, estos tribunales deben estar integrados por personal que ejerció la profesión o el oficio respectivo, y puede determinar, por su experiencia, los alcances de la conducta materia del juzgamiento. En conclusión, lo juzgamientos deben hacerse por los llamados “pares”, que corresponden a los sujetos que pueden tener las mismas condiciones o conocimientos que el encausado, para con mayor objetividad poder interpretar los hechos. En la anterior sentencia transcrita fragmentariamente en el pie de página anterior, el tratamiento de la figura del juez natural le causa preocupación a la Corte Constitucional en torno a la posible “discrecionalidad judicial para definir el juez natural” y “la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la justicia ordinaria”, y para despegar tales peligros acude a la definición de fuero penal militar como “una excepción a la regla del juez natural general”.

Pero distinto es arrogarse el conocimiento de causas para ejercer presiones indebidas contra ciertos funcionarios. En Colombia ello ocurre cuando la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y la Comisión de juzgamiento del Senado de la República, intervienen para juzgar al Presidente de la República. Si el hecho es de gravedad política debiera juzgarlo un “tribunal presidencial” integrado por los expresidentes de la República, pues son estos quienes conocen las eventualidades en que se encuentra un mandatario para tomar decisiones que en muchos casos son bastante difíciles. Y si el hecho a juzgar es de carácter penal, se debe entregar tal juzgamiento al máximo juez que puede tener la República para estos casos, que es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En estos casos no se esperan decisiones amañadas o acomodadas

*delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedita la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública” Subrayas fuera de texto.*

por razones políticas o grupistas, sean en su favor o en su contra, que es lo que ocurre cuando se trata de entes de estirpe político, cuando hacen este tipo de juzgamientos como en el caso de las Cámaras legislativas.

Por el contrario, el juez competente es el juez legal, a quien la ley le ha entregado dicho juzgamiento. Pero el hecho de ser el juez competente no quiere decir que se trate del juez natural. Sin embargo, la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 permite la integración de tribunales legales, a través de la asignación de competencias. Pero esto está muy lejos de constituirse en una exigencia constitucional para el juzgamiento por jueces naturales. Parece ser, entonces, que si de jueces naturales debiera hablarse en nuestro medio, se necesitaría una modificación en la concepción que hoy tenemos. Por tanto, mientras ello ocurre, sólo podremos atender los criterios de juez competente, como el juez expresamente señalado en la ley, es decir un juez legal, que no es en su totalidad la máxima expresión de los juzgamientos depurados de pasiones y de intereses sociales, políticos y económicos. Pero aun así fue el derecho fundamental que se otorgó a los colombianos.

### 1.3.3. La Autonomía Judicial<sup>30</sup>

Dos normas constitucionales consagran la autonomía de los jueces: la autonomía en la interpretación y autonomía en el cumplimiento de su misión. Se trata de del artículos 230 y 228 de la Carta, en donde en la primera norma citada se hace expresa referencia a que los jueces en sus providencias están sometidos únicamente al imperio de la ley, y en la segunda hace referencia a la autonomía de las decisiones judiciales. Como se ha afirmado anteriormente, estas normas de la parte orgánica de la Constitución deben su razón de ser a la aplicabilidad de la parte dogmática de la misma, se hace necesario cotejarlas con esta a fin de dejar sentadas las amplitudes de las mismas y sus limitaciones. El artículo 113 de la Constitución, en desarrollo del postulado de ser Colombia un Estado Social de Derecho, consagra la división del poder, asignando funciones separadas a sus distintos órganos, pero con colaboración armónica entre ellas, que de acuerdo con el preámbulo de la misma, están dirigidas a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, y asegurar la vigencia de orden justo. El artículo 13 de la Constitución genera el principio de igualdad frente a la ley, sin

30 *CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C-543 DE 1992. "... El principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aun cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido..."*

embargo, se establece el deber de proteger especialmente a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta; lo cual comporta que frente a las partes procesales, el juez debe mantener los criterios de igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley. Estos postulados constituyen faro para darle sentido a lo normado en el artículo 230 de la carta, especialmente a la expresión “imperio de la ley”, y a la llamada independencia judicial que se establece en el artículo 228 de la Constitución. En estos dos casos, la ley a aplicar debe ser todo el ordenamiento jurídico que encuentra raíz en la Constitución, y la independencia debe predicarse a la imposibilidad de ser el juez influido por fuerzas distintas a la de la Constitución. En consecuencia, la actividad jurisdiccional estará guiada por la Constitución, como primer orden normativo y por los límites que esta le impone, como el sometimiento a las decisiones superiores, en desarrollo del principio de juzgamiento de instancias.

Pero la autonomía de interpretación no es absoluta, en el sentido en que el juez pueda interpretar irracionalmente las disposiciones legales a aplicar, o pueda hacer uso de la ley arbitrariamente. La interpretación de la ley es la que corresponde a la prevalencia de los derechos fundamentales, principios y valores consagrados en la carta política. Si bien es cierto, la buena fe también debe predicarse para las actuaciones judiciales, en los términos del artículo 83 de la constitución Política, ello no es obstáculo para que las interpretaciones salidas del contexto constitucional puedan ser retiradas o desechadas por las decisiones tutelares de la Constitución. Ésta respalda a los jueces en sus decisiones, siempre y cuando lo hagan prevalente, y sería un contrasentido admitir que la autonomía en la interpretación y en la aplicación de la ley, corresponde a la posibilidad de violentar la misma Constitución Política. Pero la praxis que es superior a la teoría, encuentra en nuestro medio que la objetividad en la interpretación y en la aplicación de la ley no pasaba de expresarse con un apego al texto, aun literal, de las normas jurídicas; y entre estas a las más inmediatas al caso. Por ejemplo: al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil; al Código Penal y su procedimiento; y la investigación doctrinaria era más conceptual, para precisar definiciones que dieran alguna luz en el entendimiento de las normas a aplicar; el apoyo jurisprudencial consistía en una maniobra que buscaba algún respaldo de autoridad para justificar una decisión. “Se opinaba que la ley era capaz de generar por sí sola el conjunto total de especificaciones normativas requeridas por el ideal del ‘Estado de derecho’. La ideología oficial que sostenía esta posición era también masivamente seguida en la práctica”<sup>31</sup>. Es decir, se buscaba una coherencia conceptual pero no una coherencia decisional. Los argumentos de los litigantes buscaban en la jurisprudencia fuerza para sus argumentos que les diera en triunfo en la contienda. Todo esto ocurría por una falta de sistema-

31 *Diego López Medina. Eslabones del Derecho. Publicación de Universidad de los Andes – Legis. Bogotá, abril. 2016. P.20.*

tización de la jurisprudencia que hacía difícil para el litigante como para el Juez su consulta, la que se publicaba en voluminosos libros de la Gaceta Judicial, y en donde se conseguían algunos párrafos o referencias a los temas, y los que el relator de la Corte o Consejo de Estado consideraba de importancia. Pero jamás establecer líneas jurisprudenciales, o porque no había tiempo para ello, o no había presupuesto ni personal para tal magno trabajo. Con la confusión jurisprudencial existente anteriormente, bien por falta de información o preparación o manipulación, se tomaron las más variadas decisiones sobre temas similares, lo cual menguó la credibilidad de la justicia misma, la previsibilidad de la decisión judicial, lo que condujo a creerse, en nuestro medio, que una parte ganaría el proceso dependiendo del juez al que le correspondía el caso; y en muchos asuntos, era el caldo de cultivo para la corrupción judicial, pues “hay jurisprudencia para todos los gustos” dependiendo “a quien se le deba aplicar”.

La Corte Constitución desde 1993<sup>32</sup> inicia una gran cruzada para la construcción de una doctrina que permitiera generar impacto social con sus decisiones, que

- 32 Corte Constitucional. Sentencia C-113/93. 1) Solo a la Corte Constitucional le corresponde declarar los efectos de sus fallos. “...Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución”, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel. ... Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica. En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad. ...”. 2) Sentencia C-131/93. “... 3. ¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada? La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutoria de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutoria, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutoria, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia...”. 3) Sentencia C-083/95. “... Al referir a la jurisprudencia, en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial”, debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla...”. 4) Sentencia T-123/95. “...Cuando el término de comparación no

redundara en la implementación de una cultura jurídica, para todos los operadores jurídicos: de la protección de los derechos fundamentales, a los que apostó la Constitución de 1991, pero con los grados de coherencia conceptual y decisional que los derechos fundamentales exigía<sup>33</sup>. Y solo ello, en criterio

*está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución. Lo que se concreta con la sentencia C-816/2001. "...La ratio decidendi surge de la propia lectura autorizada de la Constitución por parte del órgano constitucional encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. Exhibe un grado mayor de abstracción que el decusum, el cual surte efectos en el caso concreto. La ratio decidendi se proyecta  $\zeta$  en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución,  $\zeta$  más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano competente y siguiendo el procedimiento constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional, éste se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho. El artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución y, en un sentido amplio, el derecho dentro del cual la ratio de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confieren efectividad a las normas, al concretar sus alcances. Además, de lo contrario - es decir, de escindirse la norma de la ratio que le fija su significado para asegurar su aplicación efectiva y la concreta para precisar sus alcances - se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se resquebrajaría su coherencia en desmedro de la seguridad jurídica, de la aplicación igual de las normas a casos iguales y de la confianza legítima de los habitantes en que el derecho será aplicado de manera consistente y predecible..."*.

- 33 Lo que se concreta con la sentencia C-816/2001. "...La ratio decidendi surge de la propia lectura autorizada de la Constitución por parte del órgano constitucional encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. Exhibe un grado mayor de abstracción que el decusum, el cual surte efectos en el caso concreto. La ratio decidendi se proyecta  $\zeta$  en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución,  $\zeta$  más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano competente y siguiendo el procedimiento constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional, éste se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho. El artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución y, en un sentido amplio, el derecho dentro del cual la ratio de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confieren efectividad a las normas, al concretar sus alcances. Además, de lo contrario - es decir, de escindirse la norma de la ratio que le fija su significado para asegurar su aplicación efectiva y la concreta para precisar sus alcances - se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se resquebrajaría su coherencia en desmedro de la seguridad jurídica, de la aplicación igual de las normas a casos iguales y de la confianza legítima de los habitantes en que el derecho será aplicado de manera consistente y predecible..."

de la Corte, podría obtenerse por la vía de la obligatoriedad del precedente judicial, lo que le implica el establecimiento de un deber de derecho objetivo de aplicar el sistema jurídico de acuerdo con las doctrinas que establecen los interpretes naturales y de autoridad de la Constitución y la ley: Los jueces. Y de otro lado, para materializar el derecho subjetivo de los ciudadanos, aun trato igualitario “a que sus casos sean resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubieren expedido en los mismos temas”<sup>34</sup>. De otro lado, la Corte Constitucional para lograr su cometido, acudió a la ampliación del principio de legalidad, pues la ley por sí sola no estaba en condiciones de llenar la expectativa de vigencia de un “Estado de derecho”, es decir, que únicamente con interpretaciones probables, exegéticas, analógicas, y demás formas clásicas de integración del derecho, no era posible llenar la expectativa, sino que se requeriría de “fuentes vivas, contextuales y dialógicas que uniéndose a ella, la complementarían normativamente en casos de indeterminaciones, vacíos o contradicciones”<sup>35</sup> y para ello era necesario darle mayor fuerza a la jurisprudencia generada por las Cortes judiciales, y ello se lograría sacando a la jurisprudencia de la situación de marginalidad en que se encontraba como: “criterio auxiliar de interpretación”. Las distintas posiciones de la Corte Constitucional frente a la vía de hecho judicial son claras manifestaciones de repudio a esta forma de actuar. Las vías de hecho sustancial, fáctica, orgánica y procedimental le ha permitido a la Corte Constitucional penetrar en las distintas formas de vulneración del ordenamiento constitucional, de lo que no puede desfallecerse, porque si ello ocurriera la Constitución se convertiría en un instrumento de manipulación inadmisibles<sup>36</sup>.

El asunto ha tomado perfiles problemáticos, cuando dicha autonomía judicial encuentra otros tipos de relativización, además de los que consagra la Constitución, o cuando la relativización se amplía por la vía de la interpretación jurisprudencial de los mismos textos constitucionales. Se trata de la invocación de la Corte Constitucional de un sistema de “obediencia jurisprudencial” por parte de los jueces, que se le otorga la condición de obligatoriedad del precedente judicial, con el cual refina una serie de mecanismos para los efectos de disciplinar la aplicación de dicho precedente, y que se ha venido aplicando hasta hoy, tales son: a) La aplicabilidad general del precedente. Con lo cual se indica al precedente judicial están sometidos todos los funcionarios judiciales, administrativos y los particulares; y través de la acción de tutela se corrige las vulneraciones al precedente judicial establecido; b) Se trata de un mecanismo

34 López. *Ibidem*, p. 21.

35 Diego López Medina. *Obra Citada*. P. 20.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-543/92. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

especializado sistematizado por dos causales específicas de procedibilidad: 1) Separarse del precedente judicial. Veamos la jurisprudencia “... En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta... o si separan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango... incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela...”<sup>37</sup>. 2) Posibilidad de separación del precedente Judicial. En la misma sentencia C-698/2004 establece las condiciones para que un juez pueda separarse del precedente judicial de la siguiente manera: “... En conclusión y de manera general para los efectos de la separación del precedente horizontal o vertical, son necesarios dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en condiciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. ...”. Presentadas estas dos “causales judiciales de vulneración del precedente” con ello se pretende la obediencia al precedente tanto horizontal como vertical, pero asimismo admite que hay posibilidad de resistencia a los precedentes que provienen del principio relativo constitucional de autonomía judicial, en cuanto a la interpretación de derecho. La Corte Constitucional reporta que son muchos los casos en donde existen conductas reacias a la imposición de la obligatoriedad del presente judicial, no solo por los jueces sino por entes administrativos<sup>38</sup> y se acuñan un sin número de criterios, que se consideran desviados, para no aplicarlo o para desviar o restarle fuerza al precedente<sup>39</sup>.

En resumen, se encuentra una paradoja en el tema tratado. De una parte, la autonomía judicial se “resiente” cuando la libertad de interpretación judicial se restringe, y de otra se gana coherencia en la aplicabilidad del sistema judicial, se garantiza la materialidad del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales; y se intenta controlar la anarquía en que pueden caer las sentencias judiciales, cuando cada juez puede interpretar el sistema jurídico a su antojo; y al existir una obligatoriedad el precedente judicial se pueden construir líneas jurisprudenciales que hagan del sistema jurídico un expectativa predecible.

37 Corte Constitucional. Sen. C-698/2004. M.P. Rodrigo Uprimy. Consultar el texto del profesor Diego López Medina. Ob. cit., en donde el autor hace un extenso y profundo análisis de esta sentencia.

38 Corte Constitucional. Sentencia T-292/2006. M. P: Antonio Barrera Carbonell.

39 Diego López Medina. Obra Citada: “*En la sentencia T-292/2006, la Corte Observa, no sin sorpresa, que los actores jurídicos relevantes (jueces y particulares) siguen sin ponerse de acuerdo sobre los alcances de la doctrina del precedente. Frente a tal confusión hace una presentación integral de la doctrina a partir de las líneas jurisprudenciales existente. La sentencia reafirma estas líneas y busca clarificar las dudas y resistencias que se dejan entever en el proceso de tutela que se revisa.*”.

### 1.3.4. El Acceso a la Justicia

- a. El acceso a la justicia como derecho fundamental. Jurisprudencia. “El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental de todos los asociados. El Estado debe garantizar que los beneficiarios de la justicia puedan libremente acudir a sus órganos judiciales para hacer valer sus derechos a través de la invocación de las pretensiones procesales. Ello constituye un desarrollo del derecho general de petición. Pero en lo atinente al proceso ha establecido la Corte Constitucional que el acceso a la justicia hace parte del núcleo esencial del debido proceso como máxima expresión de la administración de justicia preconizada por la Constitución. Pero esta garantía de acceso a la justicia no solo debe ser pregonada del demandante sino también del demandado”<sup>40</sup>.

Pero el acceso a la justicia no puede reducirse únicamente a la posibilidad de acceder al juez competente a través de la demanda como acto procesal de parte que da inicio al proceso, sino que este debe estar presente durante todas las etapas del juzgamiento. Se viola el principio constitucional del debido proceso por impedimento al acceso a la justicia, cuando al demandado se le impide acudir ante el juez para contestar la demanda que en su contra se ha formulado por el demandante. También ocurre lo mismo cuando para poder contestar la demanda se exige que el demandado preste cauciones que de por sí son altamente onerosas, tal es el caso del artículo 140 del anterior Código Contencioso administrativo, o cuando se exigía para la impugnación contra liquidación de impuestos, tasas, contribuciones en favor del Estado, el depósito de lo liquidado como garantía de pago. Tal norma fue declarada parcialmente inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 86 de 25 de julio de 1991.

No obstante la anterior decisión de inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia, no se produjo la misma decisión por parte de la Corte Constitucional, respecto del artículo 424, parágrafo 20., numeral 2., del Código de Procedimiento Civil, cuando esta norma exige que para que el demandado sea escuchado, en proceso de restitución de inmueble arrendado y la demanda se funde en la falta de pago de la renta de arrendamiento, éste debe demostrar que está al día en dichos pagos, bien sea a través de la consignación del total de lo reclamado a órdenes del juzgado o con recibos expedidos por el arrendador. De otro lado se ha discutido si el establecimiento de términos de caducidad puede conducir a la violación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Sin embargo, la figura de la caducidad ha sido justificada en la medida que quien puede ejercer la acción está en plena libertad de hacerlo, pero si lo hace

40 Corte Constitucional. Sentencia T-268/96.

las relaciones jurídicas deben alcanzar estabilidad. Esa estabilidad se lograría cuando el interesado en las acciones no las ejerce en su tiempo.

- b. **Obligatoriedad en el acceso a la justicia.** Si los justiciables tienen libertad en el acceso a los tribunales de justicia de otro lado, se convierte en una obligación para aquellos, el concurrir a ellos, en el evento en que consideren violados sus derechos y pretendan su restablecimiento. De esta manera se establece la prohibición de la violencia privada para tutelar los derechos (auto-tutela) la llamada justicia privada. Término este mal utilizado, pues la forma de auto-tutelarse los derechos por sí mismo no constituye una justicia, sino por el contrario, una injusticia. Es de anotarse, que lo anterior no implica que no se pueda utilizar, por los justiciables, fórmulas pacíficas para la solución de conflictos de intereses. Tales fórmulas son la auto-composición en donde son los interesados los que directamente intentan dar solución al conflicto. De dos modalidades, puede entonces presentarse tal auto-composición por concesiones mutuas que efectúan las partes del conflicto, llegándose a la transacción y esto es, por actuación bilateral de aquéllos.
- c. **La audiencia bilateral.** 1) **Noción.** Así como se ha permitido a una persona acudir libremente ante los tribunales de justicia a pedir que le sean actuadas sus pretensiones, asimismo, es necesario permitir que la parte pasiva de la relación procesal, esto es, quien sufre los cargos o soporta las imputaciones debe tener la posibilidad de acudir al tribunal de justicia y ser oído a fin de hacer valer también sus derechos. Este principio no puede estar ausente del juzgamiento porque sería tanto como negar éste. El principio de audiencia bilateral se concreta especialmente en el llamado derecho constitucional de defensa. Pero es de anotarse que múltiples manifestación y presupuestos para que él pueda concretarse: derecho a la igualdad, derecho de petición, libre acceso a la justicia, etc. 2) **Audiencia general de ambas partes.** De lo dicho anteriormente se concluye que la audiencia general debe concederse a ambas partes, no es posible hablar de tal principio cuando el juez sólo ha dado la posibilidad a una de las partes. En tal evento, obtendríamos un rompimiento del principio de la imparcialidad, ya que el juez sólo tendría como material para edificar su sentencia, la alegación de una parte, negándose de paso la naturaleza misma del proceso, pues no se entendería una contienda en donde una parte tenga todas las garantías y la otra sin defensa. Sin embargo, es preciso establecer con anterioridad, quienes son realmente las partes ya que de lo contrario, podrá conducir a la negación de la audiencia bilateral. Los códigos por regla general exigen que desde el inicio del proceso, la contienda sea planteada con partes conocidas y legitimadas ya que el proceso podría malograrse si se adelanta con personas que no tienen legitimación, negándose así la audiencia a la persona que debió ser oída y otorgándose audiencia a una persona que no debió serlo. 3) **La audiencia general de las partes no es**

- absoluta. No podemos pensar tampoco, que la defensa de una de las partes tenga que ser materializada, esto es, que la parte oponga sus defensas u oposiciones en concreto, enfrentándolas a las pretensiones de la otra. El principio se desarrolla en su plenitud cuando se les otorga la oportunidad para que las partes hagan valer sus derechos. Si la parte interesada no hace uso de esa posibilidad no es posible pensar que no se ha dado audiencia, por el contrario, la oportunidad de ser escuchado se ofreció pero la parte no la utilizó, correspondiéndole a ésta la libertad de materialización. Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. El derecho de defensa en juicio no es el derecho sustancial de las defensas; sino el puro derecho procesal de defenderse.
- d. Formalidad de la audiencia. De otro lado la formalidad de la audiencia o mejor de la oportunidad, debe efectuarse de acuerdo con la ley. No es posible hablar de oportunidad de audiencia cuando el juez permitió que la parte acudiera al proceso para ser escuchado en una forma indebida, esto es, no con el lleno de la formalidad legal. Si la ley establece que la contestación de la demanda debe efectuarse por escrito, dentro de un plazo determinado, no puede el juez pensar que ha dado oportunidad de audiencia, exigiendo una forma distinta o plazo menor. En tal evento, se ha infringido el principio de la defensa y roto el principio de la imparcialidad ya que con su proceder está tratando a uno de los litigantes de una manera discriminatoria.
- e. La audiencia debe darse en la etapa de cognición del proceso. Asimismo, la oportunidad de defensa debe efectuarse antes de que el juez dicte sentencia definitiva. Si la oportunidad pretende ofrecerse a la parte después que el juez ha fallado no podrá hablarse de imparcialidad en el mismo, pues solo se ha tenido como base una sola versión de los hechos. La etapa ejecutiva del proceso solo está establecida para hacer cumplir lo decidido y no pueden existir oposiciones o alegaciones en esta fase del procedimiento, ya que el juez se limita a realizar y materializar la sentencia.
- f. Fundamento constitucional del principio de “audiatur et altera pars”. El principio de audiencia bilateral se encuentra entronizado en nuestra Constitución de 1886, de una manera general. Los artículos 26, 27 y 28 de la Carta anterior, y 29 de la Constitución de 1991 lo regulan, en el sentido de exigir la plenitud de las formas propias de cada juicio para ser juzgado. Por lo tanto, al consagrarse las formas propias de cada juicio como norma genérica se está

estableciendo este principio, ya que es la ley la que establece la audiencia o derecho de defensa de manera concreta.

### 1.3.5. Prevalencia del Derecho sustancial

Al juzgamiento acuden los ciudadanos para obtener el reconocimiento de sus derechos subjetivos, es decir, los que les han sido otorgados por las leyes. De tal manera que el juzgamiento no puede convertirse en el caparazón que desconoce tales derechos. Es por ello que los juzgamientos deben corresponder al debate sobre el derecho sustancial, y no a debates sobre las formas procesales. El contenido del proceso corresponde a los derechos subjetivos reclamados por las partes. El artículo 228 de la Constitución establece que la razón de los procedimientos es hacer prevalente el derecho sustancial; esta es la regla de oro en materia de juzgamientos y con ello podemos afirmar que quedó constitucionalizado el objeto del proceso.

Pero se hace necesario precisar su alcance, pues en algunas oportunidades se ha desviado, y tal desviación es tan perversa como su no aplicación. La desviación consiste en afirmar que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho procesal. No hay falacia más grande que esta. El derecho procesal debe ser prevalente en la formas de juzgamiento, pues las formas procesales hacen parte del derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta. Y todas las formas procesales, respetadas y prevalentes, deben conducir a que el contenido de la sentencia reconozca los derechos sustanciales a quien le asisten. Pero no puede llegar a afirmarse, que los juzgamientos pueden ser de cualquier manera, que las formas procesales no importan. Los derechos sustanciales encontrarán máximo respaldo cuando han sido reconocidos dentro de un juzgamiento adelantado con el lleno de las formalidades propias del juicio correspondiente, es decir, cuando se ha hecho vigente el debido proceso. La interpretación de los derechos subjetivos debe hacerse a la luz de los derechos fundamentales. Ello quiere decir, que no se puede, so pretexto, de celeridad escamotear la vigencia de dichos derechos. El proceso debe ser el marco en donde todos los derechos fundamentales deben salir airoso.

Otra forma de desviación consiste en afirmar que nuestro proceso judicial es esencialmente “adversarial” para decir, que el Juez sólo debe atenerse a lo planteado por las partes, sin que este pueda llegar a asumir posiciones que le permitan conducirse por otros caminos. No. El Juez debe hacer prevalente el derecho sustancial en sus decisiones, y ello lo habilita para aplicar el sistema jurídico aun en contra de lo que sostengan las partes. Y para que brille el derecho sustantivo, es por lo que la ley habilita al juez para que decreta pruebas de oficio aun cuando la actividad de las partes haya sido negligente o descuidada,

o producir, en ciertos casos, fallos ultra o extra petita. El proceso judicial, constitucionalizado en su objeto por el artículo 228 de la Carta, no es un escenario para el más diestro, sino para que se dé la razón a quien la tiene, pero de acuerdo con el sistema jurídico.

Pensar de otra manera, sería tanto como habilitar a las partes para que le hagan producir al juez decisiones que pueden ir en contra del mismo sistema jurídico sobre el argumento que el juez debe resolver únicamente sobre lo que las partes pidan. Si ello fuere así llegaríamos al caso de una absoluta manipulación del juez por las partes que contienden en un proceso, lo cual es rechazable en todos los casos. Precisamente el proceso pretende reducir la desigualdad que en la vida material puedan presentar las partes. Y si el control del proceso esta es en manos de las partes pues el desequilibrio de acentuará, y el juez no sería más que un avalador del poder de una de las partes y no quien entregue justicia.

### 1.3.6. Juez dotado de poderes

Los jueces, por el sólo hecho de recibir la designación, reciben una serie de poderes que debe usar para el cumplimiento de su misión. Estos poderes pueden ser sintetizados así:

- a. Poder de decisión. Con este poder el juez de la causa está autorizado para tomar la decisión definitiva que el caso requiere. Con este poder cumple la justicia su primer cometido, el de decidir con autoridad la controversia que ha sido sometida a su examen, entregando un reparto justo a los asociados. Por razón de este poder el juez tiene la potestad de interpretar tanto las normas sustanciales como procesales aplicables al caso concreto. Por tanto, el actuar del juez no es de simple confrontación. Él va mucho más allá. El juez está sometido a la aplicar las normas al amparo de los principios consagrados en la Constitución Política, toda vez que el decir que se hace justicia, solo se puede predicar en la medida que la decisión judicial tenga respaldo constitucional<sup>41</sup>.
- b. Poder de ejecución. Hace referencia al poder que tiene el juez de hacer cumplir la decisión judicial. Si las decisiones judiciales no se cumplen, el aparato estatal volará en mil pedazos. Sin embargo, este es uno de los aspectos que mayor retardo en nuestra administración de justicia se tiene. En algunos casos, más tiempo dura el cumplimiento de la sentencia que el proceso mismo, haciendo o nugatoria la justicia o haciéndola tardía, siendo

41 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-366/00; T-320/93.

esta circunstancia uno de los gérmenes generadores de incredulidad en el aparato judicial, por parte de los asociados<sup>42</sup>.

- c. Poder cautelar. Al lado de los dos poderes clásicos emanados de la jurisdicción, el de decisión y ejecución, se vienen abriendo paso otros que constituyen herramientas muy valiosas para el cumplimiento de su misión, por los jueces. Se trata, en primer lugar, del llamado poder cautelar. Mediante el cual el juez está autorizado para tomar las medidas y actuaciones que la ley le permite para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Estas actuaciones cautelares que pueden ir desde una ejecución anticipada de una sentencia, pasando por la ejecución provisional de la sentencia, hasta llegar a las llamadas medidas cautelares, corresponden a la policía de proceso. En donde el juez esa autorizado para remover los obstáculos, que pudieren hacer de la sentencia una simple decisión contenida en el papel, y muy lejos de ser realidad. Este poder dota al juez de la posibilidad de asegurar, desde el inicio del proceso, los elementos que le permitirían hacer efectiva la sentencia. Por ello, paraliza bienes en cabeza del deudor, para luego realizarlos en pública subasta, y luego satisfacer el crédito cobrado. Es decir, el juez se encuentra en el dilema de actuar, contrarrestando el peligro de daño en que se encuentra el acreedor paralizando los bienes del deudor, o no actuar dejando los derechos del deudor en su cabeza y esperar que este voluntariamente cumpla la sentencia. La ley optó por lo primero, en consecuencia, las cautelas tienen que ver con la ejecución de la sentencia, e impedir que esta sea burlada por acción de los demandados. REGLAS GENERALES. Esta figura de la tutela cautelar, plantea una serie de reglas que el funcionario que ha de conocer del proceso no puede descoser a la hora de adoptarlas. Pues la ley, no dio un poder general de cautela. Es decir, no es que el juez pueda adoptar las medidas cautelares que le parezcan, sino que el mismo legislador se las señaló con anterioridad. Parámetros de los cuales no puede salirse el juez. a) La taxatividad. Quiere decir que el juez sólo puede decretar y practicar las cautelas debidamente autorizadas por el legislador. b) La cautela debe recaer sobre los bienes del deudor. Es decir, Estas medidas no pueden ser utilizadas indiscriminadamente hasta llegar a afectar derechos de terceros ajenos al proceso. No. Solamente los demandados en el proceso pueden soportar las cautelas. c) Se decretan a petición de parte. El juez ordena una medida cautelar siempre que medie una petición de la parte interesada. Sin embargo, en esta materia hay algunas pocas excepciones en donde se permite un actuar oficio del juez. d) Se debe jurar ante el juez que las cautelas pedidas sólo afectaran los derechos del demandado. e) Las cautelas deben ser proporcionales a lo reclamado en la demanda, ellas no pueden ser utilizadas para los excesos ni los abusos de los acreedores. f) Se debe ofrecer caución para garantizar los perjuicios que con

42 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: T-329/94.

- ellas se pudieren ocasionar. g) Si las cautelas practicadas causan perjuicios a las partes, o a terceros el peticionario de las mismas debe indemnizar los perjuicios. h) Si terceras personas resultan afectadas con las cautelas, están tienen la posibilidad de oponerse a ella y obtener el levantamiento de las mismas. Las distintas legislaciones pueden exonerar algunos de estos postulados, pero necesitarán norma expresa que así lo indique<sup>43</sup>.
- d. Poder correccional. La función jurisdiccional otorga al juez el poder correccional. Consistente este en atribución del juez para sancionar a empleados públicos y particulares que incumplan sus órdenes, a quienes le falten al respeto en el ejercicio de sus funciones. Tal función correccional se encuentra consagrada en el artículo 39 del C.P.C., y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, a partir del artículo 58<sup>44</sup>.
- e. Poder de control de constitucional. Además de las anteriores funciones que cumplen los jueces de la República, la función jurisdiccional se extiende hasta otorgar un control de constitucionalidad de la normatividad que han de aplicar, por vía de excepción. Es la llamada excepción de inconstitucionalidad. Asimismo, es de anotarse, que en nuestro medio, el sistema de control de constitucionalidad vigente es el llamado difuso, el cual no es entregado en forma total y exclusiva a un sólo tribunal o corte sino que tal control se le entrega a todos los jueces y por tanto deben cumplir con esta misión. Mediante el control difuso a todos los jueces les corresponde aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando de una norma jurídica contradice los postulados constitucionales, y en tal caso deja de aplicar tal norma para darle prevalencia a la constitución. Desarrollándose de paso el principio de supremacía de la Constitución. De otro lado, dentro del control difuso se encuentra la función que tienen todos los jueces para adelantar la acción de tutela, cuando los derechos fundamentales ha sido quebrantados o estén en peligro de ser quebrantados, por cualquier funcionario público y aún por particulares. Tal mecanismo de protección a la constitucionalidad de la vida jurídica del país y como mecanismo subsidiario a la tutela ordinaria cuando esta no opera o es insuficiente. Fue entronizado en nuestra Constitución de 1991 en su artículo 86 y desarrollado por el Decreto 2591 de 1991. En el acto legislativo No. 1 de 1968 se mantuvo la excepción de inconstitucionalidad pero paso a ser el artículo 215 de la Carta política, en donde se mantuvo hasta la Constitución de 1991 en donde fue ubicada en el artículo 40. En el Título I de los principios fundamentales, adquiriendo así su máxima expresión, al ser reputada como principio rector, del naciente, Estado Social de Derecho<sup>45</sup>.

43 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-039/04.

44 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-037/96.

45 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-050/99.

### 1.3.7. Juez con competencias regladas

- a. Constituye un elemento integrador del núcleo esencial del debido proceso. El debido proceso como derecho fundamental de los justiciables debe ser adelantado por los jueces o tribunales competentes. Así lo consagra expresamente el artículo 29 de la Carta Política. Es decir, el Juzgamiento no puede adelantarse por Tribunales o jueces incompetentes así estén dotados de jurisdicción, entendida esta como la potestad de administrar justicia. El derecho fundamental al debido proceso, protegido por la constitución, no permite que otros funcionarios entren a invadir la esfera de competencia de los jueces asignados por la ley, con anterioridad a la ocurrencia de los hechos. Si un juzgamiento se adelanta en estas condiciones, tal actuación sería violatoria de los derechos fundamentales, y acusable en vía de tutela. Pero de otro lado, el funcionario que actuare de esta forma podría dar lugar a un delito<sup>46</sup>.
- b. Constituye un requisito Procesal. La competencia hace referencia a la determinación o individualización del juez que ha de conocer de un caso concreto. Al asignarle la competencia a un juez se le está dando concreción a la jurisdicción. No podríamos afirmar que una persona está investida de competencia pero no de jurisdicción. Toda vez que si no ha sido investido para de la potestad para administrar justicia no puede conocer de ningún caso en concreto. Tampoco podríamos afirmar que un juez está investido de jurisdicción, pero no tiene asignadas las competencias, en este caso estaríamos frente a un concepto hueco y sin contenido. Sin embargo, podríamos decir que un juez no es competente para conocer de un asunto, porque este fue asignado por la ley a otro juez de la misma especialidad. La competencia tendrá importancia para el proceso, cuando este debe ser asignado a un determinado juez. La indebida asignación de la competencia genera en los procesos distintas consecuencias jurídicas, pero en todas ellas constituye una causa de repulsa. Así por ejemplo, La falta de competencia genera el rechazo de plano de la demanda, constituye una excepción previa que puede ser alegada por el demandado, se incurre en una causal de nulidad y constituye la falta de un presupuesto procesal.
- c. Regla general. La Asignación de competencias en cualquier juzgamiento, corresponde a la ley. Las competencias deben estar debidamente regladas. Ninguna jurisdicción puede arrogarse competencia que claramente no le esté señalada en la Constitución o en la Ley. Sin embargo, la ley puede quedarse en un momento corto en el señalamiento de los jueces que han de conocer de un determinado asunto, pues la casuística es enorme y el riesgo es latente.

46 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-543/92; T-249/95.

Cuando un asunto no tenga asignada expresamente la competencia, esta se redistribuirá a través de la llamada por el derecho procesal: competencia residual. Para materia civil está consagrada en el artículo 16 numeral 9º del Código de Procedimiento Civil. El Nuevo Código General del Proceso con una redacción más precisa, en su artículo 15, asigna a los jueces civiles del circuito la competencia residual, para los asuntos que corresponden a la jurisdicción civil, y no se les haya atribuido competencia.

Es fundante para Colombia, que el Juez que conocíamos anteriormente, el que decide controversias, el que repite el Derecho en el caso controvertido, el que subsume la norma en el caso a decidir, etc., ya no va más. Ahora se trata de un juez que se le asiste un compromiso de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que su misión se centra en hacer prevalente la justicia material. El artículo 228 de la Constitución constitucionalizó el OBJETO DEL PROCESO JUDICIAL para indicar que en ellos prevalecerá el derecho sustancial. Y no solamente en los casos individuales, sino ahora en los casos generados por los hechos sociales que con desconocimiento de Constitución (norma jurídica) se hace necesario corregir y para ello la sentencia judicial es el instrumento adecuado. Es decir, el juez adquiere la condición de JUEZ CONSTITUCIONAL en todos y cada uno de los casos individuales y sociales que lleguen a su conocimiento. La forma de las normas, ceden terreno frente a su contenido material, pues la razón de los procedimientos es hacer prevalente el derecho sustantivo. Pero esa prevalencia, va acompañada por el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales; es decir, que el juez debe cuidar en que en cada juzgamiento los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes sean respetados. De ahí que el Juez Colombiano, se convirtió en el garante de los derechos fundamentales. Ya no es suficiente su especialidad civil, penal, laboral, contencioso administrativas, etc., sino que ante todo es un juez constitucional.

#### **1.4 La sistematización le garantiza al juez la coherencia del sistema jurídico a aplicar**

La sistematización del Derecho, surgió como una forma de darle razonabilidad a este. La producción de normas, unas aisladas en sus contenidos, otras dispersas en el tiempo, etc., hacían de la aplicabilidad normativa una misión muy difícil, lo que fácilmente conducía a inexactitud, en el error, etc.

La codificación vino a superar en gran medida estas dificultades, pues con criterios de ordenación se empezaron a expedir catálogos normativos que suelen denominarse Constituciones, Códigos y Reglamentos, que se presentaron inicialmente con partes generales y especiales, y las mismas divididas en libros,

títulos, secciones y artículos, que dieron una mejor adecuación al sistema a la hora de consultarse, estudiarse y aplicarse. Sin embargo, hoy tal sistematización está en grave riesgo, pues se ha estado presentando una fragmentación de la sistematización, para expedir por vía de leyes especiales u ordinarias o decretos, fragmentos o capítulos de los códigos, para ahora contar con leyes especiales temáticamente, tales como ley de divorcio, ley de contratación, ley matrimonio, etc., que van haciéndole perder unidad al sistema, pues temáticas muy cercanas tienen catálogos normativos diversos, y muchos parten de postulados diversos que generan complejidad, contradicción, antinomias, redundancias a la hora de su aplicabilidad, siendo necesario para disuadirlas acudir a discursos extensos, y acudiendo a la Constitución para fundamentar una decisión.

La aplicación del ordenamiento jurídico, está sometido por la jerarquización de normas que consagra la misma Constitución Política de manera explícita y aún de manera implícita. El artículo 4º de la Carta dispone: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Lo anterior indica claramente que la Constitución estableció la jerarquización del sistema normativo nacional, y en consecuencia, ninguna norma puede contrariarla, porque ésta la hace inaplicable en todos los casos. De no ser así no podría garantizarse un orden político, económico y social justo, pues es la Constitución, desde su preámbulo<sup>47</sup>, la que traza el marco jurídico en que debe desenvolverse la sociedad.

La misma Constitución mantiene una jerarquización de sus normas, pues hace prevalente la parte dogmática sobre la parte orgánica de la misma. Toda esta parte de la Constitución debe ser interpretada a la luz de aquella que contiene los fines que se persiguen, es decir, no podría argumentarse que la parte orgánica de la Constitución Política puede ir en contravía de dichos postulados generales, pues sería admitir la presencia del germen de su propia destrucción. Y en materia de derechos fundamentales hace lo mismo. A manera de simple ejemplo el postulado del artículo 5º de la Carta dispone la “primacía” de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad. Y en el artículo 44 hace prevalente el derecho de los niños sobre los derechos de los demás. De tal manera, que la jerarquización de normas no es extraño dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en tales circunstancias debe dársele este tipo tratamiento a la normatividad cuando las circunstancias pragmáticas lo exijan. No debemos olvidar que el juez es un garantizador de derechos y no un creador de ellos (Dworkin. Los derechos en serio. Ed. Ariel). Hasta se puede predicar conflicto entre principios, y le corresponderá al juez aplicar el que más fuerza de convicción y adecuación tenga para el caso concreto, y la tarea

47 Corte Constitucional. Sentencia C-479/92.

del juez estaría encaminada a ofrecer la justificación racional y razonable para el principio elegido. Pero lo que no se puede predicar es la discrecionalidad de los jueces, para aplicar o no la normatividad jurídica en todas sus expresiones, pues esto no apuntaría hacia las decisiones racionales y razonables.

Lo mismo puede predicarse de las llamadas antinomias que el ordenamiento jurídico pueda ofrecer en cualesquiera de sus normas. Cuando ellas se presenten debe hacerse prevalente los fines constitucionales y los derechos fundamentales, por encima aun de normas también constitucionales.

Dentro de las distintas modalidades que puede ser presentada la ley, ya como estatutaria, orgánica, marco y ordinaria, dentro de estas existe una relación de subordinación. La ley ordinaria está subordinada a la ley estatutaria<sup>48</sup>, y lo está también a la orgánica<sup>49</sup>. La subordinación se predica de las exigencias de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, que para su expedición requieren de un trámite más riguroso que el de las leyes ordinarias, por razones de su contenido material, su control previo de constitucionalidad, la imposibilidad de ser derogadas o reformadas por una ley ordinaria, pues esa misión sólo la pueden cumplir leyes de la misma categoría. A este conjunto de disposiciones “especiales” que unidas a otras como “Los tratados Internacionales”, constituyen lo que ha sido denominado por la jurisprudencia “Bloque de Constitucionalidad”.

Pero es de recordar que esta jerarquía normativa va acompañada de los principios y valores supremos en que se basa la constitución tanto en su parte dogmática y orgánica, como los principios generales del derecho, y los principios de las especialidades que le son propias. Y muy especialmente el llamado debido proceso tanto sustancial como legal, que se funda en la exigencia constitucional en que todos los procedimientos estarán encaminados a hacer prevalente el derecho sustancial<sup>50</sup>.

48 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

49 Corte Constitucional. Sentencia C-600A de 1995.

50 Corte Constitucional. Sentencia T-283/94. “... En sus fallos de tutela y constitucionalidad, esta Corte ha insistido en la preponderancia de los derechos fundamentales frente a las meras formalidades jurídicas, tal como lo consagra el artículo 228 de la carta y los valores y principios del estado social de derecho. Sin embargo, la validez de este postulado general no puede conducir a la subordinación indiscriminada de las formas jurídicas. Este principio general – respaldado por valores y principios de la Carta - no tiene una validez absoluta que se mantenga por encima de cualquier condición fáctica. ... La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde su sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado. Por lo general, la mejor manera de proteger los derechos fundamentales, se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley. La hipótesis contraria sólo posee carácter excepcional – y disfuncional en términos del sistema- que sólo puede tener lugar en casos específicos, en los cuales el juez aporta una motivación contundente que justifica la omisión procedimental. Si se tiene en cuenta que todo procedimiento es un medio para la protección de

Asimismo, el sistema jurídico tiene pretensiones de completitud y coherencia. La sistematización aborda con mayor exactitud todos los temas que se quieren regular, de ahí la pretensión de completitud. Sin embargo, desde la misma sistematización se es consciente de la complejidad del Derecho, porque la casuística puede rebasar la normatividad jurídica y por ello, se implementan fórmulas para complementarlo a fin de dar cubrimiento a todos los casos que pudieren quedar sin expresa regulación. Son las llamadas Lagunas del Derecho. El mismo sistema permite llenar las lagunas a través de categorías como la analogía, que consiste en la aplicabilidad de normas que no son aplicables exactamente, pero por su cercanía a la temática huérfana de regulación, se habilita al aplicador para que las adapte a la necesidad, y sobre ella tome la decisión que se requiere. Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, a esta forma de aplicación de las normas no se reconoce otro estatus que el de aplicación del sistema. Que no se trata de creación del Derecho en el aplicador sino que es aplicación de lo ya legislado. Figuras jurídicas plenamente consagradas en la legislación colombiana y con vigencia actual. Ley 153 de 1887<sup>51</sup>.

En cuanto a la pretensión de coherencia, las posibilidades de disuadir antinomias, contradicciones, vaguedades, etc., en que incurre la legislación está también cubierta por el sistema jurídico, pues se consagra los métodos interpretación a que deben acudir los aplicadores del Derecho cuando sea necesario para tal disuasión<sup>52</sup>.

## 1.5 El juez es creador de derecho

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...”. Hasta el momento de dictar la Constitución de 1991, se entendía que el sistema jurídico estaba integrado por leyes. Las leyes eran dictadas por el Congreso de la República, de acuerdo con el procedimiento legislativo señalado para tal efecto. Desde su contenido, las disposiciones que ordenan, permiten o prohíben. Desde su validez las que cumplen con la llamada regla de reconocimiento. Y su interpretación correspondía a la actividad para búsqueda del sentido que el legislador le asignaba a la ley. Por tanto entonces, a la ley se le asignaba una nomenclatura englobante como era: norma jurídica. Pero a través de la jurisprudencia constitucional se indica que estos elementos sólo dan la condición de regla jurídica, y que la norma jurídica además está integrada por los principios (referentes

*derechos, el juez debe demostrar en la parte motiva de su fallo que, en el caso concreto que analiza, las formalidades impuestas por la ley perdieron su virtualidad”.*

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083/95

52 *Ibidem*.

constitucionales de integración, interpretación y aplicación) y los llamados “Postulados Normativos” que corresponden a los criterios de los aplicadores del Derecho (los jueces), que deben ser tenidos en cuenta para los efectos de la interpretación (la jurisprudencia) como los casos ya juzgados (precedentes), a fin de hacer del sistema jurídico un regulación coherente con la aplicación de los postulados constitucionales de igualdad y seguridad jurídica. En consecuencia, lo que era ley antes, ahora sólo es regla jurídica; y para que alcance la condición de norma o ley, debe incluirse los principios y los postulados normativos. Veamos entonces las razones del cambio, pues la sola afirmación “los jueces crean Derecho”, se consideraba un sacrilegio.

### 1.5.1. Las Reglas Jurídicas

Norma jurídica es aquella disposición legal incorporada al sistema jurídico, lo cual no permite asignar esta categoría a disposiciones que estarían por fuera de dicho sistema. Es decir, esta concepción goza de gran vaguedad, pues al no ser posible vincular en la definición un gran número de propiedades que lo caracterizan, la intensidad del concepto se ve reducida enormemente, y en tal caso se consideran como propiedades determinantes del concepto de Derecho, al normativismo y a la coacción.

El positivismo jurídico (Kelsen) que exige estas condiciones para las normas jurídicas, ha construido instrumentos metodológicos que permitirían establecer tal correspondencia de una disposición al ordenamiento jurídico o no, para de ahí derivar su condición de norma; es la llamada regla de reconocimiento (Hart). Quiere decir, que el esfuerzo de Hart se concentra en la reducción de la vaguedad que acompaña a este concepto, y para algunos que renunció a dar una definición del concepto de “Derecho”<sup>53</sup>. Pero a su vez, Hart intentó reducir la vaguedad en el plano extensional (su ámbito de aplicación), entendiendo el “Derecho”, para sociedades desarrolladas, como un conjunto de normas de dos tipos fundamentales: Las Primarias y las Secundarias. En donde las normas primarias o básicas son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no. Las secundarias son normas de segundo grado, que se refieren a las primarias entre las que distingue: las normas de reconocimiento, que establecen qué normas pertenecen al sistema, es decir, forman parte del Derecho; las normas de cambio, que indican cómo se puede modificar y crear nuevas normas y quien puede hacerlo; y las normas de adjudicación o de aplicación, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una

53 HART señala el carácter abierto y complejo del Concepto de Derecho como para encerrarlo en una cláusula definitoria.

norma primaria. En conclusión para Hart las reglas del primer tipo imponen deberes, las del segundo confieren potestades, públicas o privadas.

Se puede decir que existe una opinión generalizada, más no unánime<sup>54</sup>, el concebir el Derecho como un conjunto de normas. Sin embargo, podemos partir del hecho de admitir que, ante todo, el “Derecho” está compuesto, esencialmente, por normas; y los “derechos” están constituidos por un conjunto de normas. Que las normas jurídicas no pueden calificarse de falsas/verdaderas<sup>55</sup>, pero sí como válidas e inválidas, eficaces/ineficaces, justas e injustas, que es lo que les da sentido. Que es posible distinguir las normas (en lo que consiste el Derecho) de las proposiciones normativas (en lo que consiste la Ciencia del Derecho), siendo, solamente estas, susceptibles de ser calificadas como falsas o verdaderas. Que los problemas semánticos de ambigüedad y vaguedad son perfectamente aplicables al lenguaje normativo, siendo de valiosa ayuda a la hora de interpretar el Derecho. Que las normas también pueden ser sometidas a un análisis sintáctico (estudiar cómo están estructuradas las normas, en sus elementos). Que las normas jurídicas tienen una función directiva, es decir, que corresponden a enunciados que tratan de influir en los comportamientos de aquellos a quienes va dirigidos, y dentro de las directivas a las que tienen un carácter más fuerte denominado prescripciones.

Pero la categoría que identifica a las normas jurídicas es la llamada validez, que consiste en que deben ser dictadas por el órgano competente y a través de un procedimiento establecido (Kelsen), a lo que los iusnaturalistas le agregarían como requisito de contenido que las mismas fueren justas, haciendo equivalentes validez, existencia y deber de obediencia. Para la concepción hartiana la validez se deriva de la llamada regla de reconocimiento. Para G.H. von Wright, las normas jurídicas (que él llama prescripciones) presentan una serie de elementos necesarios para alcanzar tales condiciones, son ellos: el carácter<sup>56</sup>; el

54 Para el Realismo Jurídico americano, El derecho no son tanto normas como conductas y comportamiento de los jueces los y otros funcionarios. Para Carlos Cossio, el Derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva y la norma solo es un concepto apto para mentar la conducta. Para las teorías marxistas del Derecho encontramos a Pasukanis, partiendo de la idea que la Economía ofrece la clave para comprender lo jurídico, defendió la tesis de que el Derecho no consiste propiamente en normas (que sería más bien un aspecto derivado, secundario), sino que el Derecho es la forma de una relación social específica, la relación que tiene lugar entre poseedores de las mercancías que intercambian como equivalentes.

55 Hay autores como G. Kalinowski que utilizando el concepto de verdad en Tarski atribuyen también a las normas valores de falso/verdadero. La noción fundamental en las normas jurídicas que vendrían a hacer las veces de la verdad en los enunciados descriptivos sería la categoría de validez (Garzón Valdés). Pero la mayoría de autores asignan a las normas jurídicas la categoría de validez cuando estas han sido dictadas por un órgano competente y de acuerdo con el procedimiento legislativo correspondiente, que conducen de alguna manera a la definición Kelseniana.

56 Corresponde a la caracterización de determinadas acciones como: obligatorias, prohibitivas, permitidas o facultativas.

contenido<sup>57</sup>; la condición de aplicación<sup>58</sup>; la autoridad<sup>59</sup>; el sujeto<sup>60</sup>; la ocasión<sup>61</sup>; la promulgación<sup>62</sup>; la sanción<sup>63</sup>. Sin embargo, este autor precisa que todas las normas (aun las diferentes a las jurídicas) se caracterizan por presentar los tres caracteres iniciales: el carácter, el contenido, y la condición de aplicación.

El cuestionamiento que se mantiene para la construcción estructural del Derecho, consiste en que esta no es suficiente para explicar la distinción entre el Derecho y otros órdenes normativos. Tal es el caso de las normas jurídicas, religiosas, morales, etc., cuyas diferencias dependen en mayor grado de la función que cumplen, o desde el punto de vista axiológico que se les asigna. Y de otro lado, que nada garantiza que las normas jurídicas respondan siempre a la misma estructura utilizada.

Cuando se considera que la norma jurídica es aquella que prescribe una sanción, es porque se obedece siempre a una misma estructura. Y son muchos los casos en que normas jurídicas no prevén una sanción. Lo cual conduce a elaborar lenguajes artificiosos, a fin de dar coberturas a normas jurídicas que quedarían por fuera de dicha estructura, tal es el caso de la denominación “supuestos de sanción”<sup>64</sup>.

Asimismo, se reconoce que no todos los artículos que aparecen en los sistemas jurídicos, expresan una norma completa; muchos son antecedentes o fragmentos de otras normas, necesarias para su cabal comprensión. Lo cual conduciría a decir que es prácticamente imposible formular una norma jurídica completa. Igual suerte corren las normas que establecen potestades (los permisos); las que establecen obligaciones y prohibiciones cuando los destinatarios cumplen sus obligaciones o no infringen las prohibiciones.

Las normas para ser jurídicas deben estar incorporadas en el sistema jurídico. Para los operadores jurídicos, es muy difícil generar decisiones que se aparten de lo normado en el “Derecho”, so pretexto de hacer prevalentes postulados

- 57 Corresponde a la acción o acciones afectadas por el carácter, de decir: lo obligatorio, lo prohibido, lo permitido.
- 58 Corresponde a las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma (si sólo son las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica; si hay otras adicionales, será hipotética).
- 59 Corresponde a quien dicta la norma.
- 60 Corresponde al o los destinatarios de la norma.
- 61 Corresponde a la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma.
- 62 Corresponde a la formulación de la norma, es decir, las expresiones de algún lenguaje para que pueda ser conocida.
- 63 Corresponde a la amenaza de un perjuicio en el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.
- 64 Una norma jurídica que establezca “la indemnización” cuando se incumpla un contrato, o “la nulidad” de un contrato cuando se haya celebrado sin los requisitos legales.

o ideales superior que la misma normatividad no consagra. Parece ser que la llamada seguridad jurídica exige un apego a lo reglado, pues la reglas del juego social, y las condiciones de convivencia hacen que tal exigencia sea necesaria para generar espacios de credibilidad y aceptabilidad de las soluciones que el Derecho ofrece. Si el Derecho resulta lastimado o desconocido, aun con fines altruistas, no deja de introducir en la mente de los asociados grados de incertidumbre e incredibilidad en el Derecho mismo, lo que lo habilitaría para estar siempre en guardia y mejor en pie de guerra, para defender a cualquier precio el derecho que las normas le otorgan. Y el ciudadano no aceptará jamás que un desconocimiento del “Derecho”, se justifique impunemente.

El imperio de la Ley. La Constitución Política de Colombia de 1991 consagró en su artículo 230 como regla fundamental de orientación para los jueces, que estos solamente estarán sometidos al imperio de la ley, definida esta como en el artículo 4º del Código Civil, así: “Ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

Desde esta regulación normativa el juez está sometido a la aplicabilidad de la ley, en cualquiera de las formas que la Constitución permite que sea presentada: leyes ordinarias que pueden ser leyes individuales o codificadas (art. 150 de la Constitución), leyes orgánicas (artículo 151 de La Constitución), o leyes estatutarias (artículo 152 de La Constitución). Además se considera como un tipo especial de leyes, los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República en desarrollo de los estados de excepción, a los cuales se hace referencia a partir del artículo 212 de la Constitución, como el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior, y el estado de emergencia. Por su parte la ley 153 de 1887, artículo 11 dispone: “Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes”.

Para la aplicación de la ley los artículos 28 y 29 del Código Civil disponen: “art.28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará a estas su significado legal”. “ART.29. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Quiere decir lo anterior que la ley utiliza, en principio, un lenguaje corriente que es usado por la comunidad y el significado que se asigna a las palabras no puede ser otro que el que corresponde al idioma materno que para nuestro caso lo es el español. Sin embargo, las figuras que son creadas por el derecho se deben entender con el sentido jurídico asignado por la misma ley. Y en muchos casos el mismo legislador expide leyes que contienen

definiciones para precisar el alcance que a una figura jurídica o una expresión consagrada, en otra norma, se le deba dar. Como se observó en el artículo 28 del Código Civil, dichas definiciones son de obligatorio acatamiento por parte, en este caso, de los jueces.

La Corte Constitucional ha considerado que le corresponde al legislador por medio de las leyes interpretar estas, en desarrollo del artículo 150 numeral 1º de la Constitución. Y en consecuencia, esta interpretación será auténtica o por vía de autoridad, que tiene por finalidad establecer el alcance y el significado de las normas expedidas por el congreso, las cuales serán obligatorias y alcanzan un carácter general, asignándoles fuerza jurídica vinculante con la norma interpretada, aun cuando su objeto no sea establecer nuevos mandatos o prohibiciones y agrega: “la norma interpretativa se incorpora a la interpretada constituyendo con esta, desde el punto de citas sustancial, un solo cuerpo normativo, un solo mandato del legislador”. (Sent. C-270 de 1993). Posteriormente dijo. “Una ley interpretativa excluye uno o varios de los diversos sentidos posibles contenidos en otra disposición antecedente y de su misma jerarquía, pero ambas disposiciones conservan su propia existencia formal, sin perjuicio de una diferente redacción textual, más descriptiva en cuanto a sus contenidos materiales a fin de definir si alcance. En efecto, la ley que interpreta a otra anterior es una orden necesariamente posterior, que está dirigida a todos los operadores del derecho y en especial a los jueces, para que apliquen en los casos concretos a resolver, una lectura u opción interpretativa de un acto normativo de rango formal y material de ley, para que esto suceda, no obstante el ejercicio de aproximación armónica entre los términos empleados en una y otra disposición, como lo ordena la ley posterior”<sup>65</sup>.

Esta podría ser la normatividad, que de manera general, configura el imperio de la ley a la cual estaría sometido el juez. Pero se hace necesario hacer unas precisiones en torno a la composición de la ley, que pueden influir en el juez a la hora de aplicarla.

- a. Marco Constitucional. En primer lugar, todo el ordenamiento jurídico y especialmente la ley está sometida, por el marco que establece la Constitución que corresponde al llamado preámbulo. Desde la sentencia C-479 de 1992, el preámbulo dejó de ser simples anhelos del constituyente para reconocerle la condición de principios inspiradores del diseño de la estructura del Estado, y una motivación política de toda la normatividad que como hilo conductor armoniza en forma integral y razonable el orden jurídico. Y al haberse otorgado poder vinculante a dicho preámbulo, las normas jurídicas en toda su generalidad deben estar observadas e interpretadas a la luz de dichos fines

65 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-424 De 1994.

constitucionales. Quiere decir, que las leyes, los códigos, etc., anteriores a la vigencia de la Constitución de 1991 deben tener una nueva lectura, pues esta garantizó la efectividad de los derechos fundamentales, ello se deduce del artículo 2º de dicha Carta, y ninguna figura jurídica o norma puede estar al margen de dicho marco constitucional. Es por ello que la misma Corte Constitucional ha entrado a revisar constitucionalmente, aún a los actos legislativos expedidos por el Congreso, pues siendo Colombia un Estado social de derecho (art. 1º de la Constitución), no puede permitir enquistarse gérmenes que lo desconozcan. Es decir, ha llegado a declarar inconstitucionales normas con rango constitucional que no se allanan al marco de un Estado social de derecho. De tal manera entonces, que la visión del juez frente a la ley debe ser a la luz de la Constitución, pues esta es: “norma de normas” tal y como lo consagra en la artículo 4º constitucional.

- b. Alcance de la ley en su aplicabilidad. Un segundo aspecto que debe tenerse en cuenta para la correcta aplicación de la ley a al cual está obligado el juez, es el relativo a la integración de la normatividad legal. Las normas contienen dos elementos uno ético-moral y uno jurídico. El primero es la esencia de la obediencia, y el segundo el exigible e impositivo. Las normas redactadas en forma general y abstracta intentan agotar las posibilidades que los casos de la vida ofrecen, pero la experiencia muestra otra cosa, pues la praxis es superior a la teoría, y por más general que esta se muestre, siempre aparecen casos que no se adecuan exactamente al supuesto fáctico señalado por el legislador. Y se hace necesario ampliar el radio de acción de la norma jurídica.

Pero antes de buscar ampliaciones de interpretación para la ley, le corresponde al juez: “afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso”<sup>66</sup>

Pero cuando a pesar de la juiciosa actividad judicial anterior, la norma legal no le permite al juez la aplicación directa e inmediata de la ley, por la variedad del caso concreto, el mismo ordenamiento jurídico le ha previsto fórmulas para su integración, todo con la intención de ofrecer una respuesta constitucional y justa, a la necesidad de justicia que reclaman los ciudadanos.

La jurisprudencia ha precisado que a pesar de que el juez module la ley al caso concreto, ello no implica que este desatienda la norma legal o se aparte de la voluntad del legislador, sino que tal modulación tiene como finalidad evitar inequidades manifiestas o despropósitos. (Sentencia: T-518 de 22 de septiembre

66 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-518 De 22 De Septiembre De 1998.

de 1998). Si el caso concreto rebasa el contenido de la norma legal, el ordenamiento jurídico cuenta con la Ley 153 de 1887, que en su artículo 8º dispone que: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas del derecho”. Esta norma ya fue sometida a revisión constitucional declarándose exequible según la sentencia C-083 de 1995, de la Corte Constitucional.

- c. La costumbre. De otro lado, se debe tener como fuente del derecho a la costumbre, entendida esta como la pluralidad, uniformidad, continuidad y generalidad de prácticas sociales que desarrollan una regla de derecho, cuya aplicación en muchos casos la exige la ley, y el mismo artículo 13 de la Ley 153 de 1887, dispuso que “constituye derecho” a falta de legislación positiva. Cuando la costumbre es reputada derecho, es claro que el legislador no le atribuyó este carácter únicamente a la legislación positiva, y por ello se hace necesario manejar criterios más amplios para la aplicabilidad de la ley y este debe ser el de ordenamiento jurídico.

De otro lado, para la costumbre la misma legislación positiva hace regulación específica para ciertas eventualidades en que se presente esta, por ejemplo: costumbre contra la ley, negándole valor a aquella con supremacía de ésta, y no admite que se invoque contra la ley el desuso para su inobservancia, ni practica alguna, por inveterada y general que sea, en los términos del artículo 8º de Código Civil. Permitiéndose solamente la costumbre secundum legem, como la praeter legem en donde la primera hace referencia a su fuerza obligatoria por encontrar respaldo en la ley positiva. Mientras que la segunda, es la relativa a un asunto no contemplado por la ley positiva, pero que no choca con los principios constitucionales ni legales. Es de recordar que la costumbre, como una de las modalidades de fuente del derecho paso el examen de constitucional mediante la sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional.

### 1.5.2. Los Principios

Después de este somero recorrido en la búsqueda de una definición de “Derecho”, en la Teoría del Derecho contemporánea, aparecen posturas que indican que el “Derecho” no solo está integrado por normas (definiciones) sino además de ello, por principios, esto es, enunciados que establecen metas, propósitos y objetivos, que pueden ser de variada condición tales como: políticos, económicos, sociales, morales, culturales, etc., y que reclaman la aplicación en una sociedad de justicia, equidad y moral positiva. Esta postura partió del trabajo de Ronald Dworkin (Los Derechos en Serio), y con el cual se rechaza la regla de reconocimiento como único criterio identificador del Derecho. Aun cuando

autores como Genaro Carrió que sostienen que dicha crítica a la regla de reconocimiento queda en el vacío, por cuanto esta, no solo permite identificar normas sino también principios.

Pero la pugna ha estado matizada por variables: a) Para quienes consideran que son posibles los principios en Derecho, pero no como integrantes de las normas, es decir, se pregona normas y principios. b) Posturas que indican que las normas están integradas por directrices (reglas) y principios. Y que la regla de reconocimiento debe ser ampliada<sup>67</sup> para que dé cuenta de que la norma jurídica responde tanto a su condición de directriz (regla) como a su contenido principialístico.

Autores como Raz<sup>68</sup> (discípulo de Hart), que ha puesto de manifiesto las debilidades que presenta la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico, rechaza la postura de Dworkin, cuando se concluye que por la existencia de debilidades de la regla de reconocimiento, ya de por sí es imposible encontrar un criterio que permita identificar el Derecho.

Con la obra de Dworkin, se pretende mostrar las “necesarias” conexiones existentes entre el “Derecho”, la “Moral”, y la “Política”, muy a pesar del esfuerzo de las escuelas analíticas que se han esmerado por mostrar las diferencias y sus autonomías. Asimismo, Dworkin construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las puramente positivistas y de los derechos morales.

He de considerar que las normas jurídicas constituyen un sistema normativo, pues la tarea de la ciencia jurídica consiste en la descripción del Derecho Positivo y su presentación en forma adecuada y “sistemática” para facilitar el conocimiento del Derecho y su manejo por parte de los individuos que han de estar sometidos por el orden jurídico, y en especial por quienes estarían autorizados en su aplicación, en casos que los ciudadanos se vean inmersos.

El sistema jurídico corresponde a un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Y por consiguiente todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es un sistema normativo.

Las normas jurídicas estarán integradas por conjunto enunciados que contienen un universo de casos y a los cuales se les asigna una o varias consecuencias jurídicas, expresadas en un conjunto de enunciados (enunciados consecuen-

67 R. Sartorius. *Individual Conduct and Social Norms*. Encino. Dichenson. 1971, pp. 191.

68 J. RAZ. *Legal Principles and the limits Of Law*. En *Yale Law Journal*, 1972.

les). La asignación de la consecuencia jurídica exige una correlación deductiva entre el primer conjunto de enunciados y los enunciados consecuenciales (o consecuencias jurídicas). Cuando una correlación deductiva es tal que el primer enunciado es un caso y el segundo enunciado es una solución se dirá que esta correlación es normativa. La función de un sistema normativo consiste en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones y esto quiere decir que el conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución.

Sin embargo, es de precisarse que en los sistemas jurídicos no siempre los enunciados corresponden a un universo de casos de los cuales se deduzca un enunciado consecuencial (que establezcan obligaciones, prohibiciones o permisiones) sin que se utilizan para fines muy diferentes, tal es el caso de las definiciones de palabras o categorías jurídicas; a estos enunciados se les denomina “fragmentos de norma”. En estas circunstancias, el concepto de norma se ve desdibujado cuando a estos fragmentos de norma, se les asigna la misma nomenclatura.

Así las cosas, el concepto de norma puede rebasar, en su contenido, la consagración de un enunciado de universo de casos y su correlación deductiva de un enunciado consecuencial, y estaría constituida por varios enunciados de universo de casos y su correlación deductiva correspondería a varios enunciados consecuenciales. Por ejemplo: Si observamos la norma del artículo 2518 de nuestro Código Civil, encontramos que “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y durante cierto lapso de tiempo y concurrendo los demás requisitos legales”; Universo de casos: posesión material, no haberse ejercido las acciones correspondientes, y lapso de tiempo; Universo de Consecuencias: Prescripción Adquisitiva y Prescripción Extintiva. El Universo de casos rebasa el enunciado de la norma mencionada: La posesión material está regulada en el artículo 762 del mismo Código Civil; Prescripción Adquisitiva puede tener dos modalidades, la ordinaria (artículo 2528) y la extraordinaria (artículo 2531); la extintiva se regula en el artículo 2535 del Código Civil. Es decir, la figura de la prescripción en su regulación normativa ha necesitado de varios enunciados y de varias consecuencias. En conclusión, una norma jurídica puede necesitar más de artículo de un código o de una ley, para consolidar su enunciado normativo y/o su consecuencia normativa.

De otro lado, la aplicación de una norma jurídica depende de que el operador jurídico, encuentre, que su caso corresponde al universo de casos que consagra la norma jurídica a aplicar, y si ello es así se derivará su aplicación que corresponderá a la entrega de la consecuencia jurídica regulada. Si no existe esa correspondencia, se denegará su consecuencia. Es decir, la aplicación de la norma jurídica es de “todo o nada”.

Como se advirtió inicialmente, la incorporación de los llamados principios al concepto de norma, ha vuelto a replantearse el contenido de las normas jurídicas. Es decir, no solo es suficiente que la norma supere la regla de reconocimiento sino que además la misma (la norma) responda a criterios de lo justo; lo que indica, que el material jurídico debe estar compuesto por normas, directrices y principios, con lo cual se da cuenta de manera suficiente, a una respuesta correcta al problema planteado. Asimismo, el acudir a los principios no implica acudir a una jerarquización que exija para aplicación, la escogencia de uno sobre otro. Sino que por el contrario los principios son dinámicos, que cambian con gran rapidez, y un intento de cononizarlos es llevarlos al fracaso. Los principios más bien exigen razonamiento jurídico e integración, y con un balanceo de los mismos, la decisión se apoyará en uno más que en otro, con lo cual se obtendrá mayor objetividad. Con estos criterios de Dworkin, se plasma un ataque fuerte a las tesis positivistas, en cuanto a que el Juez no tiene discrecionalidad en la creación del Derecho, porque está determinado por los principios. Lo implica un rechazo a la discrecionalidad judicial, porque los principios de los individuos estarían a disposición de los jueces. Así la tesis se funda en dos aspectos: 1- Cualquier norma está fundamentada en principios, dicho de otra manera, en el fondo de cada regla jurídica subyace un principio que es el que la da entidad, y que lo conecta con el resto de sistema jurídico. 2- Los principios no son pseudorreglas; los principios son reglas obligatorias para el aplicador del Derecho. Es decir, los principios hacen parte esencial del Derecho. Del análisis y del descubrimiento del principio subyacente de la regla, se obtiene la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

Frente a los derechos, es sabido que para los positivistas, los únicos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Para la teoría de Dworkin, además de los derechos legales existen los derechos morales, que unos y otros pertenecen al mismo orden conceptual, que unos no triunfa sobre los otros, prácticamente su aplicación sería simultánea en consideración al umbral “difuso” en que se mueven. Porque la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. “El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”. Se suele sintetizar la tesis anterior así: “A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quien corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El Juez – al fundamentar su decisión en un principio existente – no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a

garantizarlo”. Los cuestionamientos no se hacen esperar. a) Para que el esquema funcione es preciso especificar cuáles son los principios aplicables. b) Según Hart “la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que en donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta”. c) La mayoría de las constituciones de los países desarrollados corresponden a sociedades pluralistas (con ideologías políticas distintas) que admiten conflictos de principios.

Estas críticas en mi sentir pueden ser disuadidas desde otras perspectivas: Los principios siendo generales generan un amplio espectro de orientación para el entendimiento y aplicabilidad de las normas jurídicas. Tales principios pueden especificarse en: La Igualdad – La libertad – La Seguridad, que son los que con mayor generalidad puede recoger a otros de menor fuerza o menor alcance. Si bien es cierto que la crítica se hace consistir también, en que los mismos principios pueden ser alegados por ambas partes en la contienda, la misión consistirá en establecer en que connotación fáctica tiene mayor relevancia tales principios, y así definir en favor de una u otra parte.

De otro lado, no es posible admitir choque de valores que implique que uno terminará destruyendo al otro, lo que hay que hacer es darle el sentido a la regla a aplicar, que más se acomode a los principios, es decir escogiendo el que más fuerza tenga; lo que hay que tener en cuenta es que con única aplicación de principios no se solucionan casos, son las reglas apreciadas a la luz de los principios que generan la solución. Asimismo, Cuando se afirma que el Derecho es fruto de compromisos entre ideologías políticas distintas, esto puede ser admitido, pero no por ello se puede admitir que las distintas ideologías plurales que fundamentan una sociedad, deban por sí ser irreconciliables. Todo lo contrario, lo son, pues ello se deduce de la misma construcción del modelo pluralista que una sociedad ha acordado.

Frente a la discrecionalidad que se asigna al juez para crear el derecho, por parte de los positivistas frente a las lagunas y contradicciones del Derecho y la negativa de la otra tesis a permitirla apoyándose en los principios, creo que las dos tesis exageran en su radicalismo. Olvidan que siempre el Derecho es aplicable a casos concretos, la aplicabilidad del Derecho sobre eventualidades imaginarias no tendría sentido. Es el caso concreto el que desnuda la laguna o la contradicción que pregonan los positivistas, y son los casos concretos los que permiten la ponderación frente a los principios. Si ello me es admitido, la solución se construirá desde el caso, y debe ser acorde al sistema jurídico reglado y a los principios que lo orientan.

### 1.5.3. Los postulados Normativos

El tercer elemento que se identifica como integrante del sistema jurídico colombiano son los llamados postulados normativos. Que difieren de la regla jurídica, por su forma y autoridad que la profiere, pues los postulados normativos surgen de los aplicadores del derecho, que se apoyan en reglas e interpretaciones ya efectuadas para orientar ahora un nuevo caso. Estos postulados encuentran en el sistema jurídico apoyo constitucional y legal, veámoslos:

- a. La doctrina constitucional. La norma del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 permite la aplicación de la llamada doctrina constitucional, cuando para el caso concreto y sometido a examen por el juez, no exista norma exactamente aplicable, y cuando la integración de la normatividad a través de la analogía ha fracasado.

Le corresponde a la Corte Constitucional conocer de las acciones de inexecuibilidad e inconstitucionalidad de la ley, y de decretos con fuerza de ley. Este alto tribunal judicial interpreta las normas jurídicas para cotejarlas con la Constitución Política, y de allí derivar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.

Ese estudio de constitucionalidad está depurado de supuestos de hecho. Es decir, la norma se analiza y se estudia en su sentido abstracto y general. Se analiza las distintas posibilidades de interpretación que la norma legal puede ofrecer, y si alguna de ellas contraviene la Constitución, dicha interpretación es desechada y se mantiene la vigencia de la norma legal, en el entendido en que debe ser aplicada de la manera o maneras que no contradicen la Constitución. Esta interpretación de la norma legal que se adecua a la Constitución se convierte en doctrina constitucional, y por tanto es obligatoria en su aplicación. En los términos de la sentencia arriba mencionada, la doctrina constitucional constituye una forma de derecho legislado, pues es la misma ley la que manda su aplicación. Es decir, quien aplica la doctrina constitucional aplica la ley, y en tal condición el juez estará sometiéndose al imperio de la ley, pues no está haciendo otra cosa que aplicando el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Por tanto, tales doctrinas constitucionales corresponde al arsenal de elementos de que dispone al juez al momento de juzgar.

- b. La doctrina probable. La doctrina probable, consagrada en la vigente Ley 169 de 1896, artículo 4º, presenta varios elementos que se hace necesario estudiar por separado, pero ella de ser interpretada a la luz de los nuevos postulados introducidos por la Constitución Política de 1991.
  1. La unificación de la jurisprudencia le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuando actúa como corte de casación. El Código General de Proceso en su artículo 333, ratificando lo anteriormente reglado

por el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, dispone que uno de los fines primordiales de la casación es la unificación de la jurisprudencia. Esta potestad desarrolla el postulado constitucional del artículo 1º, cuando Colombia se erige como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, es decir, exige la unidad del ordenamiento jurídico, a fin de poder garantizar un orden social justo. La Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, reproduciendo un pronunciamiento anterior de esa misma Corte, de fecha 25 de enero de 1993, en donde señaló como objetivos de la uniformidad de la jurisprudencia los siguientes: a) Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material – C.P. art.2º-. b) Procurar exactitud. c) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces –C.P., art. 83-. d) Unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad. e) Permitir estabilidad. f) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa. h) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencia judiciales.

El sistema jurídico que regula una sociedad acude normalmente a la ley con carácter de general, impersonal y abstracta, y ello de por sí se convierte en un obstáculo para comprender la singularidad de los casos, que por muy amplia que sea la ley, esta pronto será rebasada por la praxis, y desnudará aristas que el legislador no calculó, y le corresponderá al juez integrar el ordenamiento jurídico a la luz de la ética y la moral, para ofrecer una solución justa a un caso concreto.

2. La exigencia de “tres decisiones uniformes...sobre un mismo punto de derecho”, hace que se establezca una línea jurisprudencial sobre un mismo punto de derecho. Línea que implica una uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho. Asimismo se observa que las tres decisiones uniformes se producen en el transcurso del tiempo, para concluir que el criterio interpretativo o de aplicabilidad se mantiene en el tiempo.
3. La interpretación de la ley y su aplicabilidad desarrollan el derecho fundamental a la igualdad, que consagra el artículo 13 de la Carta. Pues no otra cosa se puede deducir de las garantías fundamentales de igualdad ante la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades que pregona el citado artículo constitucional. La igualdad ante la Ley y la igualdad de trato constituyen en fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia.
4. La uniformidad de las decisiones judiciales ofrecen condiciones de seguridad jurídica. Pues nada más inseguro que poder judicial que cambia de criterio cada momento, volviendo el derecho algo imprevisible. Si Colombia es un Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica debe actuar como presupuesto

del Derecho, pero no porque la simple legalidad conduzca a ella sino porque fluye del respeto y prevalencia de los derechos fundamentales. Asimismo, la seguridad jurídica debe actuar como función del Derecho que asegure la realización de las libertades, rechazando el riesgo de manipulación de éste y convirtiéndose en un valor jurídico para el logro de los demás valores morales, como la justicia. La previsibilidad de las decisiones judiciales confiere certeza a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones, la cual se concreta cuando los jueces interpretarán y aplicaran el derecho de una manera estable y consistente. La seguridad jurídica que la jurisprudencia debe ofrecer a los ciudadanos debe soportarse en la buena fe de los jueces a partir del principio de confianza legítima.

5. La aplicación de jurisprudencia unificadora, vincula tanto a los jueces ordinarios inferiores (precedente vertical), como a la misma Corte Suprema de Justicia (precedente horizontal), pues se trata de criterios unificadores que deben seguir todos los operadores de justicia.
  6. Las instituciones jurídicas tienen sentido en la medida en que la función creadora del juez a través de la jurisprudencia se realice mediante la construcción y ponderación de los principios del derecho que suponen un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares y otorgarle a la ley un significado concreto, coherente y útil.
  7. La condición que la norma en mención da a la jurisprudencia de doctrina probable, hace referencia a que tres decisiones uniformes pueden en un momento resultar insuficientes para dar cubrimiento a todas las aristas que los casos concretos pueden presentar. Y en tales circunstancias la jurisprudencia debe ir hasta donde le es posible cubrir, pero de ahí en adelante le corresponde al juez ejercer su función creadora, pero eso sí no desconociendo lo ya unificado por la Corte Suprema de justicia. Si las tres o más decisiones uniformes no dan un amplio margen de aplicabilidad para el caso concreto, debe el juez apoyarse en el artículo 230 de la Constitución y darle a estas decisiones una condición de criterio auxiliar para su interpretación creadora.
- c. La jurisprudencia. En principio la jurisprudencia tanto solo es un criterio auxiliar de interpretación para el juez, en los términos del artículo 230 de la Carta. De ahí que se predique la no obligatoriedad de la jurisprudencia, precisamente porque en la sentencia dictada por los jueces, se aplica una norma jurídica con referencia a unos hechos. Y cuando otro juez debe aplicar la misma norma jurídica, aplicada con anterioridad, lo hará sobre otros supuestos de hecho, que por su naturaleza son distintos. Y en tal caso la aplicación de la ley puede tener variables según la variedad de los hechos. Es por

esta razón, que el juez puede apoyarse en la jurisprudencia para dar solución a un nuevo caso, cuyos hechos son distintos. Pero no le serán obligatorios tales criterios, sino simplemente criterios auxiliares. El caso a juzgar puede no coincidir en toda su extensión con el anteriormente juzgado, de ahí que para aplicar como criterio de autoridad una jurisprudencia, el juez deberá mostrar que los supuestos de hecho que juzgó la jurisprudencia son más o menos parecidos o similares, a los que ha de juzgar el juez en el nuevo caso. Debe concluirse en que la jurisprudencia es una herramienta valiosísima que el juez debe disponer al momento de producir la sentencia, y en especial cuando ha de interpretar las normas aplicables al caso concreto.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia alcanza a constituir línea interpretativa al nivel de doctrina probable, emanada de la Corte Suprema de Justicia, con carácter de uniforme y estable, es ahí cuando se le asigna obligatoriedad. La Corte Constitucional ha reconocido esta condición de obligatoriedad para la doctrina probable<sup>69</sup>, cuando reconoce a la Constitución y la ley como los puntos de partida de la actividad judicial, complementados e integrados a través de los principios jurídicos específicos construidos judicialmente y que han permitido la realización de la justicia material en casos concretos; al otorgársele a la Corte Suprema de Justicia una misión unificadora de la jurisprudencia ordinaria nacional; al carácter decantado de la interpretación que hace del ordenamiento jurídico una continua confrontación y adecuación a la realidad social; al deber de los jueces de interpretar y aplicar la ley para derivar trato igualitario; a la buena fe que ampara las decisiones judiciales que hace de los jueces deban seguir sus actos; todos estos aspectos constituyen la fuerza normativa de la doctrina probable y de ahí su obligatoriedad.

De otro lado, el carácter de criterio auxiliar de interpretación que la Constitución le otorgó a la jurisprudencia, fue matizado en la Sentencia T-292 de 2006, acápite 10, de la siguiente manera: “Al respecto se puede afirmar que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales”. La pregunta que nos surge es. ¿Si la fuerza vinculante es para “ciertas decisiones judiciales”, cuales son estas y cuales estarían excluidas de tal condición de vinculantes? La respuesta la podemos encontrar en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, así: “En este sentido es claro que (en el fallo C-131/93), en un contexto fundado por reflexiones pertenecientes a al ámbito de la cosa juzgada, definió bajo el concepto de cosa juzgada implícita i incidentalmente ratio iuris, aquellos razonamientos

69 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-252 De 2001, C-836 De 2001.

de la parte motiva de las sentencia de constitucionalidad, que ‘al guardar una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia’ y un claro ‘nexo causal’ con la parte resolutive’, resultan vinculantes para los operadores jurídicos. Esta precisión judicial entonces es un antecedente indiscutible en la consolidación del concepto de ratio decidendi constitucional y de su obligatoriedad como fuente de derecho...”<sup>70</sup> “puede concluirse que la respuesta a la pregunta inicial respecto a si lo parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tienen fuerza vinculante, es afirmativa conforme a los enunciados por esta corporación y el legislador estatutario. El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es (i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas; (ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente y en especial respecto de las sentencias de tutela la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como; (iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica como el debido proceso y el principio de confianza legítima...”<sup>71</sup> (Las subrayas fuera del texto). En consecuencia, las sentencias de constitucionalidad y las de tutela tienen fuerza vinculante no solo en cuanto a su parte resolutive sino en la llamada ratio decidendi.

1. d. El Precedente Judicial. A partir del año 1995 y hasta el 2001 la Corte Constitucional de Colombia con apoyo en los principios de igualdad y seguridad, afirmó<sup>72</sup> que los jueces, los particulares y los funcionarios públicos a la hora de aplicar el sistema jurídico normativo debían seguir las interpretaciones que sobre el mismo hicieran los jueces, lo que implicaba reconocer, a los ciudadanos, un derecho subjetivo a obtener un trato igualitario, en cuanto a que se les aplicara de manera uniforme las mismas decisiones que en casos similares hubieren resuelto los jueces. Lo anterior se justificó, por la misma Corte, en la necesidad de mantener una coherencia interna (precedente horizontal) en sus propias decisiones y una coherencia externa (precedente vertical) en las decisiones de otros funcionarios públicos, generando una disciplina para todos los operadores jurídicos. Porque solo así, con la coherencia decisional<sup>73</sup>, la seguridad jurídica estaba salvaguardada. El reconocimiento

70 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-292 De 2006, Acápite 13.

71 Ibidem, Acápite 16.

72 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-836 De 2001.

73 Lopez Medina, Diego. Eslabones ... Ob. Cit., P. 82. “... *Esta expectativa social está hoy institucionalmente respaldada porque, como hemos dicho ya existen al menos cuatro mecanismos que protegen la coherencia jurisprudencial o, por decirlo al revés, previenen y sancionan la incoherencia jurisprudencial: (i) desde el*

del precedente judicial, que lo fue inicialmente por vida de jurisprudencia, fue aceptado por el legislador colombiano dentro de las políticas públicas del sector justicia y para apoyar las descongestión judicial<sup>74</sup>.

- Sin embargo, tal situación puso en tela de juicio la potestad decisional interpretativa de los jueces, pues aquella que se reconocía amplia, ahora por lo menos, se relativizaba, y de paso, se afirmaba una superioridad de interpretación constitucional sobre todo el sistema jurídico, que se radicaba en la Corte Constitucional<sup>75</sup>. Lo anterior generó un enfrentamiento con la Corte Suprema de justicia, máximo juez de la justicia ordinaria, a lo cual se le denominó “Choque de trenes”; pues, ésta siendo Corte de cierre no estaba dispuesta a aceptar que sus decisiones fueran anuladas cuando no acogía el precedente judicial establecido por otra Corte (la Constitucional) la que reputada de igual grado y no superior. Por su parte la Corte Constitucional admitió acciones de tutela contra sentencias judiciales por considerar que ellas “constituyen vía de hecho al violar el precedente judicial”<sup>76</sup>, y de otro lado, reconstruyendo la noción del delito de prevaricato por violación de ley cuando se desconocen las doctrinas jurisprudenciales<sup>77</sup>. El sistema de Precedente Judicial avanzó legislativamente cuando el Código Contencioso Administrativo en su artículo 10 establece un principio general de aplicación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme ante situaciones que tengan los mismos supuestos jurídicos y fácticos, por parte de las autoridades administrativas, cuando tales normas jurídicas hayan sido interpretadas por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación

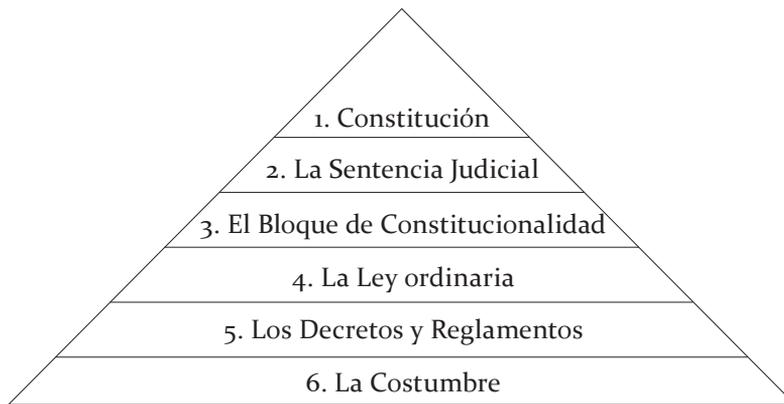
*diseño original de la acción de tutela en el Decreto 2591 de 2001 la Corte tiene la facultad de seleccionar tutelas para su revisión; la Corte selecciona con frecuencia las tutelas de instancia cuando constata que hay divergencias injustificadas con el precedente constitucional estable. Por vía de este mecanismo la Corte puede hacer un monitoreo oficioso de la coherencia de los fallos de toda la jurisdicción constitucional; (ii) pero, al mismo tiempo, la Constitución y la Ley permiten a las personas ejercer la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, incluso cuando estos han sido violados por la autoridades jurisdiccionales. En este tipo de casos, las personas accionan contra los jueces cuando las sentencias de estos revelan incoherencias jurisprudenciales. Las sentencias T-698 de 2004 (Trabajadoras de Itagüí) y T-292 de 2006 (sustitución pensional de viuda) nos han servido de casos emblemáticos de una extensa categoría de litigio que además viene en crecimiento. La fundamentación de estas tutelas ya ha sido revisada en estas páginas, pero conviene repetirla ahora: en Colombia las personas tienen un derecho subjetivo muy específico a que sus casos sean tratados con estándares mínimos de coherencia jurisprudencial. Este derecho concreto, a su vez, se desprende de las consideraciones de igualdad, confianza legítima, libertad y autonomía personal y responsabilidad judicial que la Corte ha articulado consistentemente en los últimos años...”*

- 74 LEY 1395 de 2010. Esta ley fue expandida por el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437/2011).
- 75 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: SU 1219 de 2001, C-816 de 2001, SU 1300 de 2001. En dichas sentencias se muestra una irritación de la Corte Constitucional cuando diversos operadores jurídicos, tanto verticales como horizontales no tenían en cuenta el precedente judicial, lo que constituía una vulneración de la doctrina obediencia relativa que vincula a los jueces en sus decisiones.
- 76 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: T-698 de 2004.
- 77 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-335 de 2008.

de jurisprudencia; El artículo 102 de dicho Código consagró el procedimiento administrativo de extensión de jurisprudencia; y los artículos 269 y 270 establecieron una acción judicial para obligar a la aplicación administrativa de la jurisprudencia frente al juez administrativo. Al efectuarse el Control de Constitucionalidad de estas normas del Código Contencioso Administrativo, la sentencia C-634 de 2011 dijo: “... El problema jurídico constitucional objeto de examen radica en la segunda disposición contenida en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la cual ordena a las autoridades administrativas a tener en cuenta, para cumplir con su deber de acatamiento uniforme de las reglas jurídicas, las sentencias de unificación del Consejo de Estado que las interpreten y apliquen. Al respecto, la Sala advierte que una regla en este sentido desarrolla los distintos postulados superiores, explicados en este fallo, que sustentan el carácter vinculante de las decisiones de las altas cortes. Así, resulta razonable y necesario que la parte primera de la ley mencionada, en tanto regula el procedimiento administrativo, disponga que las sentencias del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sean material jurídico de obligatoria consulta y acatamiento para las autoridades en la adopción de las decisiones de su competencia. Ello en razón de que corresponde a ese alto tribunal la facultad constitucional de delimitar, con fuerza de autoridad, el contenido y alcance de los preceptos legales que guían y delimitan la actividad de los servidores públicos que ejercen función administrativa. Esto, a su vez, redundará en el cumplimiento de los propósitos previstos por el legislador, consistentes en (i) reconocer a la jurisprudencia que emiten las altas cortes como fuente formal de derecho; (ii) propiciar, a partir de ese reconocimiento, el uso de las reglas de origen judicial por parte de las autoridades administrativas, de modo que se uniformen la aplicación del derecho y se evite la nociva práctica de diferir el reconocimiento de derechos y otras posiciones jurídicas, suficientemente definidas en las sentencias mencionadas, al escrutinio judicial...”. En conclusión el precedente judicial tiene en nuestro medio un reconocimiento legal. Esto es fuente formal de derecho.

Si llegamos a esta conclusión, que parece ya ser pacífica, se me ocurre otra pregunta: ¿cómo podemos figurar la Pirámide del Derecho en Colombia?, partiendo de la figuración que de las misma hizo Kelsen, tenemos que admitir que esta ha sufrido una importante modificación, la que presento de la siguiente manera, no sin antes advertir que queda expuesta para el debate académico y aun con la posibilidad de mejorarla

Las jerarquías de la pirámide del Derecho, a la luz de nuestra Constitución de 1991 y su desarrollo jurisprudencial constitucional, se modifica y se integra:



1. En la Cúspide y por dentro de la pirámide se ubica la Constitución, como norma de normas, artículo 4 de la Constitución. “... La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental...” (Sentencia de la Corte Constitucional C-415/12). “... 5.2.2. La Carta, luego de declarar en el artículo 4º su condición de norma de normas y, por ello, vértice de todo el ordenamiento jurídico, fuente principal de reconocimiento de validez y límite sustantivo de las restantes normas del ordenamiento, adopta un sistema predominantemente legislativo al disponer que la actuación judicial se subordina a la “ley”. Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la Republica sino también –y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la Republica (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura. (Art. 257)...” (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
2. En el segundo escalón descendente se ubica la Sentencia Judicial constitucional, en la que se proclama la doctrina constitucional y el precedente judicial a) Como una forma de derecho legislado; b) Su obligatoriedad. c)

“... En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.... Sentencia C-113/93. d) “La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia.” (Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). e) la extensión de los efectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las altas cortes. Sentencias: C-539/11; C-634/11; C-816/11; C-588/12.

3. El Bloque de Constitucionalidad. “(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.” (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
  
4. La Ley ordinaria. 5.2.3. El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones –necesarias para definir la validez de las normas- se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de

- otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso. (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
5. Los Decretos y Reglamentos. 5.2.4. En adición a ello, existen variadas competencias normativas de las entidades territoriales que, en virtud de las reglas que rigen la armonización del principio unitario y autonómico, se encuentran en una relación o de coexistencia, o de complementariedad o de subordinación, con las atribuciones de autoridades del orden nacional. Las normas adoptadas por las autoridades de Municipios, Distritos o Departamentos en ejercicio de las competencias previstas directamente por la Carta, por ejemplo en los artículos 300, 305, 313 y 315, se encuentran entonces también comprendidas por el concepto de “ley” del artículo 230 de la Carta. (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
  6. La Costumbre. “... Los principios sobre los que se funda el Estado y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley - lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado colombiano - brindan suficiente fundamento jurídico a la costumbre. La soberanía popular (CP art. 3)... El Estado social de derecho (CP art. 1),... estado social de derecho, ... El principio pluralista ... (CP arts. 1, 7, 8, 70, 330). ... La libertad (Preámbulo, arts. 1, 2, 28 y 95 de la C.P.)... La vigencia de un orden justo (CP art. 2) ... la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico. ... De los principios democrático y unitario conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la primacía de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que “la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea”. En estos términos, claros y perentorios, se proscribió en el ordenamiento jurídico la costumbre contra legem. La legislación, en términos generales, acepta la costumbre secundum legem y la praeter legem, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13). El primado de la ley escrita, - mejor sería hablar de “Derecho legislado” - en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria...”. (Sentencia C-486 de 1993).

## 1.6. La sentencia actúa como el cumplimiento de obligaciones institucionales para el juez

Los jueces, por mandato constitucional, al producir sus decisiones judiciales están sometidos al imperio de la ley (entendido este como sistema jurídico u ordenamiento jurídico). Pero debe precisarse que para el cumplimiento de esta misión, el sistema jurídico hace exigencias con categoría de institucionales, es decir, que tal misión no puede cumplirse de cualquier manera sino que ello implica desplegar, por parte del juez, una serie de actividades que garanticen coherencia y que conduzcan a la realización de un orden jurídico justo. Tales obligaciones institucionales pueden ser clasificadas en: Obligación de Juzgar, obligación de desarrollar la pretensión de corrección del derecho, y la obligación de motivar la decisión judicial. Las que pasamos de inmediato a abordar.

### 1.6.1. Cumplimiento de la obligación de juzgar: Decidir y aplicar el Derecho

La obligación de juzgar por parte del juez corresponde a que este debe ofrecer una solución al caso sometido a su conocimiento. Tal solución debe estar en consonancia con el sistema jurídico (sustancial y procesalmente). La solución debe satisfacer las aspiraciones de las partes, en el entendido en que el juez debe pronunciarse sobre todas las reclamaciones de las partes trátense pretensiones procesales o de excepciones procesales. Por ello no se cumple con tal misión cuando se producen fallos *citra petita*. Sin embargo, las posibilidades de fallos *ultra* o *extra petita* podrían tener esta misma condición, pero es la misma ley la que las ha autorizado en casos muy especiales y por razones muy superiores a los simplemente legales. Pero el incumplimiento de esta obligación opera, especialmente, cuando el proceso termina con la producción de un fallo inhibitorio, convirtiéndose este en un lastre para la justicia, pues el proceso judicial está establecido como instrumento de solución y no como instrumento de frustración. De otro lado, el juez está obligado a aplicar el derecho, tanto desde del ámbito sustancial como procesal. La inaplicación del derecho por parte de los jueces no es una opción para estos. Si bien es cierto, que en algunos casos muy excepcionales se les permite a los jueces la inaplicación de normas legales, pero solo en los casos de la aplicación de la llamada excepción de inconstitucionalidad (art. 4º. C.P.), sin embargo, se estos casos se aplicará siempre la norma constitucional.

### 1.6.2. Obligación de desarrollar la pretensión de corrección del Derecho

La filosofía general reflexiona sistemáticamente sobre tres elementos básicos: a) Sobre lo que existe (la ontología), b) sobre lo que debe hacerse como bueno

(la ética), y c) sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas anteriores (epistemología). La filosofía del derecho es una rama de la filosofía general e igualmente reflexiona sobre estos tres aspectos, pero referidos al derecho: a) Lo que existe del derecho (ontología del derecho), b) Lo que debe hacerse jurídicamente (ética del derecho), c) cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas anteriores (epistemología jurídica).

La naturaleza del derecho maneja dos elementos o propiedades esenciales: la coerción y la pretensión de corrección. Entendida la primera como que la coerción es un medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir las funciones que le imponen dos valores con los cuales mantienen relación inmediata y necesaria: La certeza jurídica y la eficacia jurídica. Entendida la segunda como que los actos del derecho pretenden ser correctos, pretenden ser aceptados como correctos por la comunidad jurídica y general. De donde la pretensión de corrección implica una conexión necesaria entre derecho y moral, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, permitiéndose recurrir a criterios de justicia, sobre todas otras razones. Y como conclusión de esta Teoría: la injusticia extrema no es derecho. De manera general se puede establecer que para estas teorías una decisión correcta desde el punto de vista material es la que es justa, razonable, o racional y además que con arreglo a juicios de valor y hasta con criterios teleológicos. Es de admitir que esta posición teórica ha sido sometida a cuestionamientos, por el Bulygin, y muy especialmente por el positivismo de Joseph Raz y Marmor, quienes admiten que el derecho si tiene una pretensión de corrección, pero que esta no es una corrección moral. Admiten por el contrario, que el positivismo no es proclive a que los jueces puedan aplicar normas jurídicamente que sean extremadamente injustas. La definición para este tipo de posiciones se concreta en: “una decisión correcta es la que es conforme al derecho”.

Por su parte el Derecho Procesal, como rama del derecho, debe asignársele también los dos elementos o propiedades esenciales que se le asignan a la generalidad del Derecho: la pretensión de corrección y la coerción. De donde la pretensión de corrección se concreta en que el proceso es el mecanismo adecuado para el correcto o debido juzgamiento en sus dos expresiones fundamentales: La prevalencia del derecho sustantivo y el respeto a las formas procesales. En este sentido se ha pronunciado nuestra legislación tanto en el Código de Procedimiento Civil (art. 4º) como la misma Constitución (art. 228), El Código General del Proceso (arts. 11 y 13) normas que fueron cotejadas y fueron avaladas por nuestra Corte Constitucional<sup>78</sup>.

78 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia: C-029/95.

### **a. Obligación de dictar sentencias sustancialmente correctas – El Debido Proceso Sustantivo**

Las decisiones judiciales deben ser el fruto de la reflexión jurídica sobre los casos concretos, pero a la luz del sistema jurídico. Las sentencias serán correctas siempre y cuando correspondan a la normatividad sustancial. Es decir, el proceso judicial debe ser instrumento para aplicación del derecho sustantivo. Es lo que se conoce como el debido proceso sustantivo, es decir, que en el juzgamiento debe hacerse prevalente el derecho sustancial (art. 228 de la Const. Política). Una sentencia que no responde a los postulados sustantivos establecidos por las normas sustanciales es incorrecta, resultando vulnerado el llamado debido proceso sustantivo, el cual puede ser reclamado aun por vía de tutela cuando no exista otro medio ordinario para obtener su corrección. Lo anterior fluye de necesidad del otorgarle al proceso judicial una condición de instrumento para la aplicación tanto de la forma como de la sustancia. Un debido proceso no se satisface solamente con el cumplimiento de las formas propias de cada juicio, un debido proceso es aquel que cumple con todos los postulados de forma como de sustancia.

### **b. Obligación de dictar sentencias procesalmente correctas – El Debido Proceso Legal**

De la misma manera el juez se encuentra en la obligación de producir sentencias procesalmente correctas. Esto es, que cumplan además de las exigencias sustanciales con las formas que desarrollan los derechos constitucionales de las partes. Si bien el artículo 29 de la Constitución Política exige de manera general el cumplimiento de las formas propias de cada juicio para todo tipo de juzgamiento, la vulneración del debido proceso legal corresponderá a aquel desconocimiento de formas que impliquen infracción a derechos fundamentales. Es decir, cualquier defecto procesal de alguna manera desconoce una forma procesal, pero solo serán trascendentes los que lastimen las garantías procesales de los justiciables.

### **6.3. La Obligación de Motivación de la Sentencia corresponde al desarrollo de la Garantía Constitucional del Debido Proceso**

La motivación de la sentencia corresponde a un postulado del Estado Social de Derecho. A los ciudadanos se les debe satisfacer al máximo con el servicio de justicia que el Estado le ofrece. Esa satisfacción se logra dándole a conocer a las partes las razones de hecho y de derecho que se tuvieron para arribar a determinada solución. Asimismo, corresponde a un desarrollo de la garantía

del debido proceso, los juzgamientos en sus decisiones deben ser el fruto de un razonamiento lógico, direccionado por el ordenamiento jurídico, y solo la motivación de la sentencia permite observar y controlar el apego del juez a la constitución y a la ley. Solo la motivación permite calificar una sentencia de justa y no de caprichosa o arbitraria. De otro lado, la motivación de la sentencia permitirá a la partes seguir el hilo conductor intelectual utilizado por el juez para la decisión, y poder ejercer el derecho de impugnación, pues sin motivación no podría señalarse en concreto cuales son las conclusiones del juez que merecen repudio por el recurrente. Asimismo, el juez superior no podría hacer una reconstrucción del camino intelectual recorrido por el juez inferior en su sentencia, si esta no está motivada.

La motivación de la sentencia fue retirada del texto de la Constitución de 1991, la que si se encontraba en la Constitución de 1886 en su artículo 163, pero paso a ser norma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 55. Con lo anterior se mantiene en nuestro medio el deber de motivar las sentencias por parte de los jueces. Como en el caso anterior, esta actividad requiere de una estructura argumentativa que conduzca al juez por todos los rincones de la complejidad de la temática a decidir. Si el juez no se apoya en una estructura argumentativa, puede incurrir en olvidos, o es posible que se pierda o se distraiga en algunos de los puntos a decidir, con lo cual su sentencia puede terminar siendo una retahíla de argumentos desconectados que le hacen perder claridad y calidad a los mismos.

Para que no se incurra en desafueros a la hora de motivar se debe utilizar una estructura argumentativa. Que como herramienta fácil de usar, no le permita al juez los olvidos y las incongruencias en que a veces se puede incurrir. Sin embargo, debo dejar sentado por anticipado la obligatoriedad del juez de motivar su decisión, es decir, dar las razones jurídicas y fácticas que lo condujeron a la decisión final. Los argumentos deben ser lo suficientemente planteados que agoten la temática del conflicto, y el juez cuidará en no caer en una falta de motivación o en una motivación deficiente, o en una motivación contradictoria, porque de ocurrir esto, habrá negado justicia, y el cumplimiento de su deber como juez queda en tela de juicio, y conduce a la anulación de la sentencia.

Cuando el juez ha de motivar su decisión debe cuidar que su motivación se sujete a lo necesario para dar a conocer los criterios y de su razonamiento y de su decisión. Muy fácilmente se cae en lo que la doctrina denomina motivación superflua, que implica hacer una serie de “precisiones” doctrinarias frente a la naturaleza de una figura jurídica, que de por sí esta decantada por la jurisprudencia y la doctrina, tornándose en innecesaria toda la literatura que sobre ella se escriba. O por el contrario, cuando se abordan las figuras con exceso de erudición, trayendo criterios de la mitología griega, romana etc., pasando por

la edad media, moderna y posmoderna, para concluir que en nuestro medio eso no funciona así, (de lo cual no ha sido ajena ni nuestra Corte Constitucional). O por el contrario, cuando se pretende en las sentencias dictar postulados escolares, que son propios de los doctrinantes. O cuando el juez convierte la sentencia en la arena de la discusión con los doctrinantes. Todo esto conduce a la pérdida de tiempo valioso para la decisión, y de otras decisiones; a la pérdida de concreción y precisión que la sentencia reclama; a dificultar el derecho de defensa de la partes, pues la impugnación de la sentencia tendrá dificultades en su concreción, etc. Pero la actividad de argumentación en la motivación podría dar al traste con la validez de la misma sentencia, también cuando se presenten argumentos contradictorios, y que si alcanzan la condición de excluyentes esta caería en la irracionalidad que obligaría a la quiebra del fallo.

## **1.7. La sentencia judicial también está sometida a control constitucional**

### **1.7.1. La Tutela Contra Sentencia**

Otro aspecto que merece una presentación como tema de debate para el Congreso Regional que nos ocupa, es el denominado en Colombia “La Tutela contra Providencias Judiciales”. La Constitución de 1991 de Colombia, en su artículo 86 estableció la llamada “Acción de Tutela” así: “ART. 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. ...”. En desarrollo de esta norma constitucional se dictó el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de Tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en su artículo 40 dispuso: “Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los Tribunales la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente. ...”. Estas dos disposiciones legales ha generado un gran enfrentamiento entre, de un lado, la Corte Constitucional, y de otro, la Corte Suprema de Justicia (máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria) y el Consejo de Estado (máximo Tribunal de lo contencioso administrativo). Enfrentamiento al cual se le ha denominado “choque de trenes”, por cuanto, se ha establecido un mecanismo que puede dejar sin efecto jurídico las sentencias de Corte Suprema de justicia o del Consejo de Estado, cuando la Corte Constitucional considere que ellas, a través de sus

sentencias, han vulnerado los derechos fundamentales de los ciudadanos que han acudido a sus estrados, en la búsqueda de justicia. Es decir, cuando están entidades judiciales han sido inferiores a su misión constitucional. El enfrentamiento ha pasado por demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 40 antes transcrito y otros del mismo Decreto. La Corte Constitucional en multitud de fallo de tutela y de exequibilidad ha sostenido la vigencia de dichas normas jurídicas, por considerarlas ajustadas a la Constitución Política de 1991, y al Estado Constitucional de Derecho. Los opositores han esgrimido varios argumentos contra dicha figura, a los cuales la Corte Constitucional ha generado una extensa “Doctrina Constitucional sobre el tema, que se puede resumir así: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C-543 DE 1992. “... La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: el objetivo, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el subjetivo, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso. Tal razonamiento, sin embargo, no encierra únicamente el desarrollo de una operación lógica sino que requiere, para alcanzar el nivel de lo justo, como exigen los fines del Derecho, de una interpretación sobre el contenido de las normas aplicables y de una valoración consciente de las pruebas llevadas al proceso para definir la solución que, en el sentir del juez, se acomoda a las exigencias de la Constitución y de la ley. Habida cuenta de las dificultades inherentes a esta actividad, mal pueden desconocerse las posibilidades de error judicial por apreciación equivocada de los hechos tanto como por indebida interpretación de las leyes y aún por violación abierta de sus disposiciones. El principio de la cosa juzgada no parte del supuesto de la perfección del juez, ya que resulta imperativo el reconocimiento de su naturaleza humana y, por tanto, falible. Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurrían, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del debido proceso consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros

medios cuyo objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de éstas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un yerro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente. ... Pero, además, no es lícito acudir a los casos singulares de equivocación judicial como instrumento dialéctico para presumir que todos los jueces aplican errónea o indebidamente la normatividad jurídica, que todos prevarican o que todos cometen injusticia en sus fallos. Suponer que la regla general es la decisión judicial desacertada e incorrecta, implica una descalificación anticipada sobre la idoneidad de la administración de justicia y de los numerosos medios de defensa judicial previstos por el ordenamiento jurídico para realizar en los casos concretos los fines propios del Derecho. En este aspecto, asiste la razón al Procurador General, cuando, en concepto rendido ante esta Corte en proceso diferente, afirma que se viola la Constitución (artículo 83) si se supone por vía general que los jueces no actúan razonablemente en derecho.[14] Por otra parte cuando, como corresponde a la Corte, se hace una interpretación de las normas constitucionales para establecer su verdadero sentido, ha de emplearse un método objetivo, que implique la consideración general y abstracta de la preceptiva analizada en sus alcances generales y abstractos. No puede partirse del casuismo, que utiliza la formulación de eventos extremos y excepcionales, con la aspiración de tomar supuestos que corresponden a circunstancias insulares como aplicables al entendimiento común de las disposiciones materia del examen. De allí que no resulten aceptables para efectos del presente juicio de constitucionalidad ciertos ejemplos, invocados para sustentar la tesis que favorece la procedencia de acciones de tutela contra sentencias. Situaciones de error judicial exagerado, en muchas de las cuales juega más la imaginación que el rigor científico -como ocurre con la planteada frecuentemente sobre una teórica sentencia mediante la cual una persona pudiera ser condenada a la pena de muerte o a la cadena perpetua- debilitan ellas mismas el argumento que pretenden apoyar, en cuanto escapan de la realidad cotidiana y construyen el análisis jurídico, que de suyo exige ponderación, sobre la base deleznable de hechos ficticios, o en relación con unos pocos casos tomados de la realidad y de contornos hábilmente dramatizados, cuya singularidad los caracteriza precisamente como excepcionales. Agréguese a lo dicho que la acción de tutela no es el único mecanismo orientado a la protección de la persona humana y sus derechos esenciales. Todos los procesos y la integridad del aparato judicial tienen ese mismo fin, de donde se desprende la falacia de los argumentos que tienden a presentar el conjunto de garantías representadas en la idea misma del proceso (artículo 29 de la C.N.) como un rígido esquema formalista que sacrifica al hombre y desconoce sus derechos. Si así fuera, la propia Carta, lejos de exigir que la verdad jurídica con efectos concretos se dedujera siguiendo “las formas propias de cada juicio”, habría prohibido los procesos, sustituyéndolos por la

tutela, lo cual no acaeció. El principio de especialidad, que sirvió de base a la creación y perfeccionamiento de las distintas jurisdicciones, estaría igualmente siendo amenazado toda vez que al permitirse el ejercicio de la acción de tutela en forma indiscriminada contra cualquier tipo de sentencias judiciales, llegaría el momento en que el mecanismo “subsidiario” se convertiría en principal medio para ser interpuesto no sólo en diferentes instancias del proceso, sino a cambio de éste, viniendo así a suplir todos los medios que permiten acceder normalmente a la administración de justicia y, lo que es más grave, llegando a convertirse en un instrumento único de petición ante los jueces, con menoscabo de la estructura judicial. La coherencia es rasgo característico de todo orden y es evidente que, como ya se ha dicho, un sistema jurídico, cuyo sentido y razón radican precisamente en el imperativo de introducir criterios ordenadores de la vida en sociedad con arreglo a los principios y valores que la inspiran y sostienen, está llamado a ser coherente para no caer en el absurdo de convertirse -precisamente él- en motivo de confusión. Así, pues, no corresponde a las reglas de hermenéutica ni se compadece con los principios de la lógica asumir que el Constituyente de 1991 consagró la acción de tutela como medio de defensa contra los resultados de los procesos que él mismo hizo indispensables en el artículo 29 de la Constitución para asegurar los derechos de todas las personas. Debe entenderse, por el contrario, como lo ha entendido desde su instauración el Constitucionalismo, que los procesos han sido instituidos en guarda de la justicia y la equidad, con el propósito de asegurar a los gobernados que el Estado únicamente resolverá las controversias que entre ellos se susciten dentro de límites clara y anticipadamente establecidos por la ley, con el objeto de evitar los atropellos y las resoluciones arbitrarias, desde luego dentro de la razonable concepción, hoy acogida en el artículo 228 de la Carta, sobre prevalencia del derecho sustancial, cuyo sentido no consiste en eliminar los procesos sino en impedir que el exagerado culto a las ritualidades desconozca el contenido esencial y la teleología de las instituciones jurídicas. Así concebido, el proceso cumple una función garantizadora del Derecho y no al contrario, razón por la cual no puede afirmarse que su efectiva aplicación ni la firmeza de las decisiones que con base en él se adoptan tengan menor importancia para la protección de los derechos constitucionales fundamentales que el instituto previsto en el artículo 86 de la Constitución....”.

De todo lo transcrito se deduce que el enfrentamiento entre las distintas Corporaciones Judiciales, responde más al EGO que acompaña a este tipo de Cortes. Poco importa la ciudadanía. Lo importante es que las decisiones adquieran firmeza a cualquier precio; tal vez, porque consideran que ellos no se equivocan. Los jueces de categorías inferiores han sido más receptivos. El cambio atemoriza, pero no puede existir ningún funcionario exento de revisión constitucional. Tal vez otras generaciones de magistrados asuman con mejor criterio estas figuras, que constituyen la garantía de reglas del juego de los juzgamientos.

### 1.7.2. La Doble Instancia

La estrategia de juzgamiento a dos vueltas, es lo denominado doble instancia. Quiere decir, que se pactó en la Constitución de Colombia, que la metodología del proceso judicial, permitiría que las partes que no estuvieren de acuerdo con la decisión de juez, pudieren acudir a un juez de segunda instancia, para impugnar la decisión del inferior y a controvertir el fallo, con lo cual las partes hacían control a la decisión judicial. Dicho control, tiene la característica de elevarse ante el juez jerárquica e inmediatamente superior, quien por mayor antigüedad en la actividad judicial, lo que le asigna mayor experiencia, puede revisar la decisión del inferior.

Sin embargo, la Constitución de dio algún margen de maniobrabilidad a legislador ordinario para que indicara cuales sentencia no serían apelables, es decir, consagró una excepción para la doble instancia, que quedaba en manos del Congreso a través de la ley, que por los motivos que considerara adecuados podían ser de una sola instancia.

Tal es juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado, especialmente por corrupción, que al haberse entregado por la misma Constitución, la competencia para tal juzgamiento a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y por ser esta el máximo juez en dicha especialidad y el juez de cierre de la misma, de por sí quedaba proscrita la posibilidad de una segunda instancia. Es decir, la única instancia se impone, pues por encima de dicha Corte Suprema de Justicia, no hay un superior jerárquico que pueda hacer el control de la sentencia que allí se dicte, pues se trata del más alto y del mejor juez que puede existir en Colombia.

Pero llama la atención un caso muy reciente, que correspondió precisamente al juzgamiento de varios altos funcionarios del Estado. La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación penal – los condenó. Estando estos en prisión, acudieron a la llamada acción de tutela constitucional, en donde reclaman la revisión de sus casos, en segunda instancia, porque, “según ellos” su derecho de defensa se encuentra vulnerado, al no permitírsele la discusión y controversia del fallo condenatorio ante un superior. Lo que inicialmente se indica es que no existe ese superior jerárquico, porque la estructura del poder judicial no consagra ningún otro juez por encima de la Corte Suprema; y además porque el haberse entregado a ésta dicho juzgamiento, era precisamente entregarle el mejor juez, y por tanto, las posibilidades de error judicial estaban alejadas. Sin embargo, la Corte Constitucional, cambiando el fundamento de la doble instancia, que como se dijo era para la controversia de las partes, ahora se mira como que se trata de un elemento estructural de la función judicial y en consecuencia, debe reconocerse la apelación en estos casos. Con ello, no se sabe quién la adelantará,

pues ese Tribunal no existe. Tal vez por vía de jurisprudencia se habilite la Corte Para legislar y señalar un nuevo Tribunal de apelación, arrasando la posibilidad de configuración legislativa del Congreso.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: SENTENCIA T-388/2015. “Para la Sala Cuarta de Revisión, son, en el caso concreto, la finalidad para la que haya sido establecida y, la función que desempeñe, las que permiten definir el estatus jurídico de la segunda instancia. Resulta suficientemente claro que la doble instancia puede operar como principio, garantía o derecho. No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues, cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder. Tampoco puede desconocerse que la doble instancia puede salvaguardar bienes más caros al ordenamiento como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o la credibilidad y confianza de la administración de justicia, con lo cual, se pone de manifiesto su papel de garantía. Finalmente, su calidad de principio que orienta la lectura las disposiciones procesales y, en particular las disposiciones de orden sancionatorio, ha sido consolidada por la doctrina y la jurisprudencia. ... En esta decisión, se estableció la concesión de la impugnación para decisiones en única instancia, sin que ello implicará el diseño de una segunda instancia. Igualmente, cuando se está frente a sujetos aforados y, cuyas investigaciones están radicadas en cabeza de las más Altas Corporaciones de Justicia, o del más elevado funcionario dentro de la jerarquía respectiva, la Corte Constitucional ha entendido que no resulta posible contemplar el acceso a una segunda instancia, dado que resulta materialmente imposible, pues, en esos casos, es la más Alta Jerarquía la que adelanta la actuación[50] y, por encima de ella, no hay ningún otro órgano en la respectiva estructura del poder público. Importa si destacar que la Corte, al considerar las excepciones a la segunda instancia ha insistido en que ellas no pueden ser discriminatorias, esto es, que debe estar justificada constitucionalmente la consagración del respectivo régimen procesal exceptivo.”

## 1.8. Las extensiones de las sentencias. Decisiones particulares a situaciones genera

Otro caso que llama la atención en Colombia, es la declaratoria de ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL que ha venido haciendo la Corte Constitucional, para ciertos casos cuando el Estado debe cumplir con las misiones sociales y en el escenario institucional reina una situación fáctica de caos, de negligencia, de irresponsabilidad administrativa, etc., que hace que el servicio social no pueda

cumplirse y de ahí se desprende que los derechos fundamentales de la sociedad están gravemente afectados: El servicio de salud, de pensiones, de prisiones etc.

La Corte Constitucional al conocer de casos individuales, de personas que alegan la vulneración de un servicio básico, reclaman el restablecimiento de sus derechos fundamentales. Y observa la Corte que la vulneración de los mismos corresponde a una generalización, es decir, que muchas personas están en la misma situación, porque son muchos los casos que reiteradamente se están demandado, ha optado por acumularlos todos en un solo juzgamiento, y allí buscar las causas de la multitud de demandas y al concluir que la situación múltiple y reiterada corresponde a una situación caótica de la manera como el Estado atiende su misión, en su servicio básico. Se ha producido lo que se ha llamado ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL con lo cual se ha auto habilitado la Corte Constitucional para darle ordenes al “Estado”, y a los funcionarios administrativos correspondientes con señalamientos de estrategias y plazos para que actúen a fin de sanear la situación del servicio que se encuentra desatendido.

Quiere decir lo anterior, que la Corte con sus sentencias rebasa el alcance interpartes de juzgamiento, lo generaliza y se convierte en director de la administración, por a quien le corresponde esta competencia no cumple con sus funciones. Veamos: SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-068/98. Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados. “... En relación con el estado de cosas inconstitucional, esta Corporación, como guardiana de la supremacía de la Constitución, debe advertir sobre la necesidad de tomar medidas encaminadas a superar la transgresión de las normas superiores. Además, el deber de colaboración entre las ramas del poder público, todas dirigidas a favorecer la efectividad a los derechos fundamentales (art. 2, 113 C.P.) y al cumplimiento de los fines y objetivos del Estado Social de Derecho, lleva a que la Corte Constitucional exhorte a las autoridades, con poder de decisión, para que ellos adecuen los recursos económicos y humanos necesarios para que la Caja Nacional de Previsión cumpla con sus obligaciones legales y constitucionales y adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe transgrediendo la Carta. Por ello, como en otra oportunidad se dijo “la Corte Constitucional está convencida que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela”[8]. Por eso, tal y como se resolvió en esa misma sentencia, esta Sala “notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas

competentes con miras a que éstas en un término razonable le pongan remedio efectivo, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito.” Así mismo, en procura de que se verifique el cumplimiento de los objetivos trazados por la Constitución que se denuncian en esta sentencia, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación para que se encargue de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y para que vigile el cumplimiento de esta decisión judicial (C.P. artículo 277 incisos 5 y 1º). De igual manera se oficiará a la Contraloría General de la República para que evalúe el grado de eficiencia, eficacia y economía con que obre la Caja Nacional de Previsión en este proceso de adecuación de esa entidad a los postulados del Estado Social de Derecho (C.P. artículo 268). Finalmente, se oficiará a la Defensoría del Pueblo para que, en su función de salvaguardia y protección de los derechos humanos, vigile el cumplimiento y efectividad de los derechos cuya vulneración se denunciaron en esta sentencia. Así, una vez transcurrido el término señalado para que las autoridades administrativas acaten las órdenes que se impartieron en esta providencia, la Defensoría del Pueblo deberá rendir un informe ante la Sala Séptima de la Corte Constitucional....”.

## 2. CONCLUSIONES:

1. Si se trataba de indicar “El Estado de la Ciencia del Derecho Procesal en Colombia, se debe indicar que la misma ha quedado rezagada. Los tratadistas de Derecho Procesal están dedicados a la producción de literatura procesal que tenga relación con los comentarios a la dogmática jurídica vigente. Máxime que para esta época entraron en vigencia dos nuevos Códigos Procesales: El Código General de Proceso, y el Código Contencioso Administrativo.

Lo preocupante, está en que las nuevas orientaciones del Derecho Procesal, están orientadas por la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional. La que con grados de novedad ha incursionado en un tratamiento judicial a los derechos fundamentales, en muchos casos pasando por encima (justificado o no) de los postulados procesales, que durante mucho tiempo han orienta los juzgamientos allí. Ello porque no hay un debate procesal en torno a los “nuevos paradigmas”, traídos o admitidos por la Corte Constitucional, sino porque se asumen sin ningún reparo a los mismos.

La misma situación ha venido ocurriendo con los administradores y legisladores. Quienes deben atender la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, so pena de desacato a resolución judicial. Pero todo esto, preocupa porque están transitando por terrenos peligrosos: ¿se están borrando los límites

a la división de poderes?. ¿El Constitucionalismo invasor y abusivo estaría habiendo de las suyas?.

Una reacción incontrolado de los demás poderes pueden conducir a la pérdida de vigencia de los Estados Constitucionales. Las competencias y límites hay que refinarlos, pero no sustituirlos o reemplazarlos de cualquier manera. Ello sería causa de más males, que se podrían venir sobre el país. Con los que tenemos basta.

2. Los sistemas de juzgamiento se ven gravemente lastimados cuando importamos figuras procesales de otros sistemas que no son propios del modelo que se usa en un país. Si los modelos foráneos nos seducen mucho, pues adoptemos en su totalidad. Sin embargo, esto también tendría sus complejidades. En un sistema de Common Law, los juzgamientos adversariales tienen gran aceptación por:
  - a. No se trata de sistemas jurídicos totalmente normativizados, sino que se mueven por referentes (jurisprudencia y precedentes). Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, la norma jurídica es su núcleo esencial.
  - b. Estos sistemas jurídicos cuentan con una tradición y memoria jurisprudencial y de precedentes. Esto es, tienen establecidas de tiempo atrás las líneas jurisprudenciales, de las cuales los jueces no están dispuestos y tan poco el sistema jurídico se lo permite, que se separen de cualquier manera. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, como Colombia, por mandato de la Constitución de 1991, la jurisprudencia es un “criterio auxiliar” de interpretación. Y desde luego ya hay una gran diferencia.
  - c. En los sistemas de Common Law, el juzgamiento se establece para resolver problemas. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, el juzgamiento se establece para reconocer derechos, establecer si los derechos han sido vulnerados y si ello es así restablecerlos e indemnizar la vulneración.
  - d. En el sistema de Common Law, para solucionar el problema que se le ha postulado, exige a las partes la presentación de la prueba en grado de evidencia. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, las pruebas se postulan por las partes, el juez la recoge (inmediación), y la valora (Sana crítica).
  - e. En el sistema del Common Law el juez toma la prueba para establecer en grado de probabilidad (más allá de duda razonable), como pudieron ser los hechos y con ello controlar el “riesgo de error”. Por el contrario, en el sistema de Civil Law, el juez busca la verdad, para controlar el “riesgo de daño” con la vulneración de los derechos.

- f. En el sistema del Common Law la presunción de inocencia es llevada a su máxima expresión, por cuanto que si no obtiene prueba que supere toda duda razonable, se debe absolver. Ello porque es más costoso condenar a un inocente que absolver a un culpable. Por el contrario, en el sistema de Civil Law, el juez busca la verdad, y si no la obtiene, no habrá hecho probado y allí se debe absolver. Y la gran pregunta es: ¿si es posible obtener la verdad?
3. Si no podemos implementar en forma total un sistema de Common Law, hemos optado por hacerlo parcialmente. Ya la teoría de los Sistema Jurídicos (Lumman) nos ha indicado que los sistemas reconocen sus propios elementos, y los que no reconoce los rechaza (inmunológicos). Esto ha conducido a mixturas de todo tipo que generan inmediatamente gran complejidad para el sistema y para su aplicabilidad. Observemos:
  - a. Mixtura entre escritura y oralidad, y para salvar el asunto, decimos que el juzgamiento es por audiencia en donde es prevalente (es decir no totalmente) la oralidad sobre la escritura.
  - b. Mixtura en los modelos acusatorio (adversarial - dispositivo), e inquisitorio (juez director del proceso, con potestades para fallos ultra y extra petita). Adoptamos: modelo acusatorio (acusación por fiscales con posibilidades de hacer acuerdos con las partes – rebajas de penas de un lado, exoneración de investigación, de otra) – Juez Director del Proceso (posibilidad de rechazo por el juez de acuerdos entre las partes) – Inquisitorio (el juez busca la confesión con posibilidad de inadmitirla – si la admite rebaja de penas). 3. Las nuevas legislaciones, en Colombia, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), Códigos Contenciosos Administrativo (Ley 1437 de 2011), no pasan de ser reformas a lo que ya existe, pues los paradigmas anteriores no han sido cambiados y menos superados. El modelo de oralidad, podría fracasar si no se dan por los Gobiernos y con política de Estado, los medios necesarios para su implementación. Número adecuado de jueces, preparaciones anticipadas del personal judicial, adecuación de los programas de derecho, y la implementación de la logística con las nuevas y avanzas tecnologías que ella viene alzando, tales cambios podrían convertirse en una nueva frustración. Esperamos que ello no ocurra.

## BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-479/1992*, MP José Gregorio Hernández Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-543/1992*, MP José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-543-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-406/1992*, MP Ciro Angarita Barón. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-113/1993*, MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-320/1993*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-320-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-540/1993*, MP Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-540-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-131/1994*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-131-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-424/1994*, MP Fabio Morón Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-424-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia 283/1994*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-283-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-329/1994*, MP José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-329-94.htm>

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-029/1995*, MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-083/1995*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-600A/1995*, MP Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-600A-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-249/1995*, MP Hernando Herrera Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-249-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-037/1996*, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-268/1996*, MP Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-358/1997*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-518/1998*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-518-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-037/2000*, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-366/2000*, MP Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-366-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252/2001*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816/2001*, MP Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-816-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1195/2001*, MP Manuel José Cepeda Espinosa Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU 1219/2001*, MP Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7123>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU 1300/2001*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1300-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-039/2004*, MP Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-039-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-698/2004*, MP Rodrigo Uprimny Yepes. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-698-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-059/2005*, MP Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-059-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-292/2006*, MP Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-335/2008*, MP Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-330/2012*, MP Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-330-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-001/2012*, MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-341/2014*, MP Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-341-14.htm>

## Constitución Política de Colombia

Congreso de la República de Colombia, *Ley 1395 de 2010*. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1395\\_2010.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html)

López Medina, Diego. *Eslabones del Derecho*, Publicación de Universidad de los Andes – Legis. Bogotá, 2016.

Raz, Joseph. *Legal Principles and the limits of Law*. The Yale Law Journal Company, 1972.

Sartoriusm, Norman. *Individual Conduct and Social Norms*, Encino Dichenson. 1971.