

RÉGIMEN DE LA RAMA JUDICIAL COLOMBIANA (Segunda parte)

Wilson Herrera Llanos*

Resumen

La administración de justicia en Colombia constituye una función pública, independiente, permanente, autónoma y descentralizada, la cual se ejerce con preeminencia del derecho sustancial y garantizando el libre acceso a todas las personas. En esta entrega de los "temas constitucionales", el autor, además de presentar en forma esquemática la compleja estructura del sistema judicial colombiano, analiza con profundidad el tema de las fuentes formales del derecho y los criterios auxiliares, destacando las nuevas tendencias especialmente en el campo del precedente judicial.

Palabra clave: Rama judicial, fuentes formales, criterios auxiliares, justicia.

Abstract

The administration of justice in Colombia constitutes an independent, permanent, autonomous and decentralized public function, practiced with pre-eminence of the substantial law and guaranteeing the free access to all people. In this second part of "Constitutional topics", besides of presenting in a schematic way the complex structure of the Colombian judicial system, the author analyzes in depth the topic of formal sources of law and auxiliary criteria, highlighting the new tendencies, especially in the field of judicial precedent.

Key words: Judicial branch, formal sources, auxiliary criteria, Justice.

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2005
Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2005

* Abogado. Especializado en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Constitucional Colombiano, Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo. Conjuez del Consejo de Estado. wilher58@hotmail.com.

Presentación general y metodología de exposición

Después de las consideraciones formuladas en el anterior edición sobre el tema de la justicia y de la Rama Judicial, nos dedicaremos ahora a examinar de manera general el régimen constitucional y legal de esta rama en lo relativo a los principios fundamentales de la justicia en Colombia, su estructura y funcionamiento, las corporaciones y despachos judiciales en particular y el régimen de los servidores públicos de la Rama Judicial.

A pesar del anterior plan, como quiera que en el título I, al finalizar el tema de los principios fundamentales encontramos en el texto constitucional el muy importante artículo 230 sobre el sometimiento exclusivo de los jueces en sus providencias al «imperio de la ley», esto nos obligará a detenernos en su desarrollo y avocar esta expresa referencia constitucional a las fuentes formales del derecho, tema trascendente y necesario que rebasa ya la materia de Introducción al Derecho, en la que ordinariamente se trata; después seguiremos el orden previsto.

TÍTULO I PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. La Administración de Justicia

El título VIII de la Constitución colombiana, dedicado a la Rama Judicial, empieza diciendo en su artículo 228 que la «administración de justicia» es función pública, o actividad pública o estatal, para significar que no se trata de un simple servicio público a cargo de la Nación, como lo contemplaba la anterior Constitución desde la expedición del acto legislativo N° 01 de 1945, sino que, en un nivel de mayor compromiso jurídico, es una verdadera actividad estatal que, con el sentido deontológico de la expresión, ejerce deberes, obligaciones y responsabilidades y propende al logro de su finalidad última.

Con mayor determinación el artículo 1° de la Ley 270 de 1996, o Estatuto Orgánico, dice que la administración de justicia es aquella parte de la función pública que cumple el Estado, encargada de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la Ley, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

2. Los principios constitucionales

2.1) La segunda parte de la citada norma constitucional declara que las decisiones de la administración de justicia, es decir, las determinaciones, sentencias o fallos de los jueces, son independientes; esta independencia, lo mismo que la autonomía, se predica igualmente de la Rama Judicial en el sentido de no requerir de autoridades de igual o diversa índole para su actuación y cumplimiento, es decir, de ser ajena, por principio, a toda insinuación, exigencia, determinación o consejo, al igual que a la imposición de criterios que deba adoptar en sus decisiones, como dice el segundo inciso del artículo 5° de la Ley 270 de 1996.

2.2) Las actuaciones, además, dice la norma, son públicas y permanentes, que significa, en cuanto a lo primero, que deben ser conocidas por todos y excluir todo mecanismo o ejercicio oscuro o clandestino y en cuanto a lo segundo, que es desarrollada o cumplida por organismos y corporaciones con una estructura y funcionamiento estable y profesional.

2.3) Otro principio consagrado por la Carta es el relativo al funcionamiento general de la Rama Judicial como desconcentrado y autónomo, ya que es una función estatal que se ejerce por sí misma en nombre de la República y por autoridad de la ley a través de los distintos despachos judiciales del país distribuidos en el territorio nacional teniendo en cuenta factores materiales como la sección territorial donde estén ubicados, la cuantía de los asuntos que atienda, la calidad de las personas que deban ser juzgados por ellos y la naturaleza misma de algunos asuntos especiales.

2.4) La norma constitucional consagra dos principios: el primero declara que en todas las actuaciones y decisiones de la Rama Judicial el derecho sustancial predomina por encima del derecho formal o instrumental, ya que este último no es otra cosa que un instrumento o medio para obtener la aplicación de aquél, y el segundo establece que los términos procesales, es decir, los límites fijados para cada plazo, son concluyentes y definitivos, por lo que se deben observar con prontitud y cuidado, so pena de las sanciones que para cada caso fije la ley.

2.5) El libre acceso a la justicia está consagrado en el artículo 229 constitucional como la garantía o seguridad para todas las personas de acudir ante los jueces competentes a solicitar su intervención para la protección y el restablecimiento de sus derechos. Al mismo tiempo, el artículo 2° de la ley estatutaria lo consagra como principio legal de la

administración de justicia, según el cual, el Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la justicia; sobre él volveremos posteriormente.

2.6) El principio del «Sometimiento al imperio de la ley»

Tal como lo anticipamos, el mandato constitucional del artículo 230 sobre el sometimiento de los jueces en sus providencias al imperio de la Ley nos obliga a encarar, ahora, el tema de las Fuentes Formales del Derecho en los siguientes términos:

2.6.1. *Introducción al tema de las Fuentes Formales del Derecho*

2.6.1.1. *La noción formal de fuente*

La primera dificultad que encontramos al iniciar el estudio de las Fuentes Formales del Derecho es la de carácter idiomático, pues al buscar el significado exacto de la expresión «fuente», el diccionario nos indica, entre sus acepciones más importantes, la de 'principio, fundamento u origen de una cosa', pero al mismo tiempo nos señala también la de 'manantial de agua que brota de la tierra', donde es claro que, en presencia del primer significado, lo que debería denominarse «fuente» es la tierra de donde brota el manantial de agua y no el manantial mismo, tal como después se indica en el mismo diccionario al afirmar que también es 'aquello de donde fluye con abundancia un líquido'.

Jurídicamente, también es confusa la expresión por denotar varios significados, tal como nos lo expresa el *Diccionario de Ciencias Jurídicas* de Manuel Osorio¹ al calificarla de ambigua respaldado en la misma crítica de Kelsen en su *Teoría pura del derecho*, en que se afirma que la expresión es utilizada para hacer referencia a fenómenos tan disímiles como lo son la «razón de validez de las normas» (según la cual la norma superior es fuente de la inferior); la forma de creación de la norma (según la cual el acto legislativo es fuente de la ley); la forma de manifestarse la norma (es decir, a través de la Constitución, de la ley, del Decreto); y finalmente, como conjunto de pauta compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc., que determinan la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica.

¹ OSORIO, Manuel (1963). *Diccionario de Ciencias Jurídicas* (p. 328). Buenos Aires, Helista SRL.

Dice la Corte Constitucional² que dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre.

Es el tema –dice– que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de «las fuentes formales», y concluye:

Con sus habituales claridad y tino, Eduardo García Maynez³ las ha definido como «procesos de creación de las normas jurídicas», distinguiendo con acierto la fase generadora, del producto que de ella resulta. Así, el proceso legislativo, tras la reflexión y deliberación que él comporta, da lugar a la ley; y el proceso consuetudinario, prolongado, espontáneo y anónimo, produce la costumbre, donde a ella se le reconoce virtualidad normativa con fuerza de derecho. Mediante esos métodos (caminos) se establecen (es decir se ponen) las normas jurídicas que se llaman entonces derecho positivo. (El subrayado es nuestro).

El mismo alto organismo ha definido las fuentes FORMALES del derecho como los cauces por los que se expresa éste, tales como la ley, los contratos y la costumbre, y las MATERIALES, como los hechos sociales que suministran el contenido del derecho, tales como la realidad política y social, la economía.

2.6.1.2. La noción sustancial de fuente

Al adentrarnos un poco más en el examen del tema, nos podemos enterar rápidamente que el problema, más que semántico, mecánico o casual, tiene sus caracteres estructuralmente políticos, pues se trata de distintas formas de respaldar ideológicamente contrapuestas concepciones del Estado y de la Sociedad y de crear y promover, a partir de ellas, las instituciones políticas, jurídicas y constitucionales que den pleno respaldo y seguridad al manejo real del poder.

La Historia registra dos grandes sistemas prácticos en relación con el tema de las Fuentes del Derecho: el anglosajón y el latino. Por el primero, la jurisprudencia es la fuente principal del derecho, y por el segundo lo es la Ley.

² CORTE CONSTITUCIONAL. S-C-083 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1968.

El profesor español Francisco Balaguer Callejón⁴ al explicar el tema de las Fuentes del Derecho nos dice que en los comienzos del constitucionalismo el tema se trataba como un concepto netamente iusprivatista, ya que los juristas no se habían planteado el carácter jurídico de las propias reglas de producción del derecho y éste se reducía a las normas producidas por el Estado para regular la sociedad civil sin extenderse a las reglas que del Estado emanaban para disciplinar la misma producción normativa, por lo que las Fuentes eran el lugar donde el derecho se hacía visible, esto es, las normas que disciplinaban el ámbito de la autonomía privada.

Según esta explicación, la doctrina tradicional de las fuentes resultó idónea para asegurar el predominio de la ley en el sistema jurídico liberal emergente, con lo cual puede decirse que, voluntaria o involuntariamente, cumplió con la función histórica de promover el desarrollo del positivismo y con la de asegurar que la ley, por su origen parlamentario, predominara sobre otras categorías normativas como la Costumbre.

En una importante precisión sobre el tema, nos dice el citado profesor que

...la doctrina tradicional a pesar de definir las fuentes por su origen, en cuanto modos de producción del derecho, nunca estudió éstos en profundidad ni las cuestiones de validez de las normas, que no le interesaban. Centró su atención en la relación entre ley y costumbre desechando todo aquello que pudiera poner en cuestión la supremacía absoluta de la ley sobre el ordenamiento.

Frente a la doctrina tradicional, corresponderá a Kelsen el indudable mérito de orientar la ciencia jurídica justamente hacia el interior de las fuentes del derecho, de los modos de producción normativa. Como indica Bobbio, en la Teoría pura del derecho la noción de producción jurídica ocupa un lugar fundamental, por cuanto el Derecho no es algo que pre-exista y simplemente se declare, sino algo creado, el fruto de la actividad humana y del ejercicio del poder en la sociedad.

La teoría del sistema normativo diseñada por Kelsen y su Escuela, con todas las matizaciones que haya que hacerle, tuvo la virtualidad de

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (1999). *Derecho Constitucional* (p. 55 y ss.). Madrid, Tecnos .

poner en el primer plano de la atención del iuspublicista la necesidad de analizar los problemas de producción y aplicación del Derecho y de considerar que el Derecho no se manifiesta estáticamente como algo dado, sino que está sometido a reglas de producción que, como tales, son normas jurídicas igual que las reglas de contenido. La creación y la aplicación del Derecho serán contempladas, además, como dos funciones que no están rígidamente separadas, sino integrando un proceso en el que los actos de aplicación pueden ser a la vez de producción.

Lo anterior significa que si bien las fuentes del derecho indican el origen del derecho, ese origen no debe situarse sólo en la relación de cada categoría normativa con su órgano productor sino con el conjunto del ordenamiento jurídico, porque el Régimen Jurídico de cada categoría de normas no depende de su origen, es decir, del órgano que la produce, pues así como de un mismo órgano pueden surgir diferentes normas, diferentes clases de normas que pertenecen a un mismo Régimen Jurídico pueden ser producidas por órganos diferentes.

En síntesis de lo anterior, el profesor colombiano Diego Eduardo López Medina⁵ nos dice que ese positivismo jurídico del siglo XIX, todavía vigente en América Latina, considera –en palabras de Bobbio– a «la ley como única fuente de calificación» del derecho y que esa doctrina iuspositivista de las fuentes se basa –igualmente en palabras de Bobbio– «en la prioridad de una determinada fuente del derecho (la ley) sobre las demás», positivismo que, según el colombiano, «...luego refinado en la exposición kelseniana, tenía una idea jerarquizada de las fuentes del derecho, con evidente predominio del derecho central promulgado por el legislativo del Estado».

También el profesor García de Enterría⁶ nos demuestra esta faceta en el estudio de las Fuentes del Derecho cuando advierte que, a pesar de haberse insistido en la historia, desde la monarquía, pasando por la misma Revolución Francesa y hasta llegar a la revolución comunista, nunca ha sido posible «estatalizar rigurosamente la creación del derecho» eliminando las FUENTES que no fueran procedentes del mismo Estado, reflexivas, escritas y autoritarias.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2001). *El Derecho de los jueces* (p. 139). Bogotá, Legis.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1986). *Curso de Derecho administrativo* (p. 60). Madrid, Civitas.

Se refiere al tema a partir de la importancia del Ordenamiento Jurídico, que en forma brillante caracteriza como *«el resultado de múltiples fuerzas, racionales e irracionales, formalizadas e informales, de tendencias autoritarias y de libertades, de presiones y de resistencias abiertas o larvadas que hace que la definición de los centros donde se crean normas –fuentes– no sea tampoco abstracta y racional»*.

A su juicio, lo importante es el Ordenamiento Jurídico, y la forma como una norma se incorpore a dicho régimen porque las normas, a fin de cuentas, son tales, precisamente, en cuanto se integran a él que es una unidad con vida propia, independiente y distinta de las de las propias normas.

El Ordenamiento, asevera, no es el simple sumatorio material de normas, sino toda la organización estructural, ordenada y acondicionada de un cuerpo o ente social que ha precedido a la norma; es un conjunto racional que se integra con la distribución ordenada de sus partes y se rige por principios básicos de tal esencia que si llegan a cambiar igualmente cambiará el ordenamiento, aunque las normas que se le han incorporado se mantengan. De la misma forma, si estas normas cambian, mientras se mantengan los principios básicos de dicho ordenamiento, éste se mantendrá.

Porque el derecho, en palabras exactas del autor, *«...es una función social de articulación de un conjunto social con sus miembros y de éstos entre sí, y esa función no puede separarse de una concepción material de la justicia, informada totalmente, pero arraigada en el corazón de los hombres. Es normalmente de ese sentido del Derecho como un necesario instrumento de la justicia (y no simplemente de un orden externo) de donde surgen las fuentes extra-legales del Derecho, fuentes que no podrá jamás cegar totalmente la organización política, sea ésta cual sea»*.

Hay pues, necesariamente, a juicio de este autor, una pluralidad de FUENTES con la que se constituye unitariamente un ordenamiento jurídico que en su constante dinámica de cambio y transformación debe mantenerse cerrado y unido, de manera que las lagunas que pudieren dejar las normas cuando se consideran aisladas deben integrarse a ese complejo unitario y sistemático (el ordenamiento jurídico), sobre la base exclusiva de los principios que lo presiden.

Como puede verse, de manera general podemos decir, entonces, que todo el pensamiento llamado por los autores como neorromanista

y positivista (con sus diversas variantes) han sostenido que el derecho tiene su fuente primordial en las reglas establecidas por el Estado ya sea a través de la función constituyente o de la legislativa, directa o por delegación, de modo que la labor judicial es simplemente la de aplicar estas reglas sin modificarlas o ampliarlas, y mucho menos crear nuevas; sus pronunciamientos sólo son útiles para ilustrar o explicar las normas positivas oscuras o ambiguas y sus fallos o decisiones deben obedecer inquebrantablemente a las reglas establecidas por el Estado.

2.7. Teorías reformistas del derecho frente al tema de las Fuentes⁷

El profesor López Medina⁸ nos explica que utiliza esta noción para referirse a todos los autores, teorías y análisis jurídicos que, a partir de finales del siglo XIX y a lo largo del XX, señalan las deficiencias de los criterios clásicos o tradicionales del derecho, y nosotros la asumimos en estas anotaciones para poder explicar con alguna racionalidad la situación actual del tema de las Fuentes del Derecho a nivel de nuestra Jurisprudencia Constitucional, la que, a juicio del mismo autor, ha sido parcialmente influida.

Si seguimos las líneas generales de explicación del mencionado autor, entenderemos que estas teorías de oposición a la concepción clásica de las Fuentes del derecho consideran como tales no sólo aquellas reglas jurídicas que emanan directa y formalmente del Estado, como la Constitución, la ley y las demás normas que regulen o integren un Ordenamiento Jurídico, sino todo aquello que llega a determinar la acción del juez sin caer en extremos totalizadores.

Según dicho criterio, las fuentes son, además de las reglas que emanan del Estado, la aplicación de las llamadas «*técnicas jurídicas reconocidas a la luz de los ideales jurídicos reconocidos*», que el autor identifica como «*unos protocolos recibidos de análisis jurídicos que se consideran legítimos en la profesión y que, además, permiten tomar decisiones en las fronteras sociales del derecho. Se trata de una técnica profesional que permite resolver casos nóveles planteados por las nuevas exigencias de la vida. Este repertorio técnico, legítimo pero no formal, hace parte en igualdad de condiciones con la imagen tradicional del sistema de fuentes*».

⁷ Asumimos esta noción utilizada por el profesor Diego López Medina en su obra citada, p. 140.

⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego, ob. cit.

Uno de los exponentes de este criterio, citado por el profesor López Medina, Francois Géný, entiende por Fuentes Formales del derecho «*las fuentes imperativas de autoridades externas al interprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica*».

El autor nos explica, entonces, que esta definición es contrapuesta al sentido tradicional, según el cual el derecho estaba contenido en un conjunto de normas que abarcaban la vida de las personas de manera tan integradora que asegura el arbitramento exitoso de todos los litigios surgidos «en el tráfico de la vida», especialmente porque el derecho no consiste en la aplicación exclusiva de sus fuentes formales y no todos los casos tienen reglas claras y pre-existentes.

La plenitud del derecho formal es equivocada, porque nunca el lenguaje permitirá una ley óptima, perfectamente clara y determinada que lo solucione todo siempre, y porque no es materialmente posible abarcar por completo la múltiple producción de fenómenos, actos y conflictos humanos, con lo cual el único camino es la capacidad decisional del Juez, la que no necesariamente será discrecional e ilimitada, sino libre pero científica porque «*el derecho posee a su interior suficientes técnicas de argumentación no regimentadas por textos legales precisos que le permiten fallar los casos ubicados en las fronteras de la vida social*»⁹.

Es importante destacar que los criterios sobre la «doctrina» y la «jurisprudencia» también han sufrido importantes variaciones a raíz de todos estos movimientos intelectuales y jurídicos de revisión del criterio tradicional de las Fuentes normadas del Derecho, especialmente porque se hicieron mayores análisis sobre ambas instituciones de una forma más apegada a su propia realidad y a su inveterado y extendido uso como respaldo permanente no sólo de alegatos, sino de decisiones judiciales en general, todo lo cual redundó en un considerable aumento de importancia de la esfera de acción de las teoría doctrinantes y de las decisiones de los tribunales.

El profesor López Medina¹⁰ nos señala que a pesar de que estas teorías, definidas especialmente por autores franceses, han sostenido una visión amplia de las Fuentes del Derecho, la corriente del llamado

⁹ *Ibid.*, p. 150.

¹⁰ *Ibid.*, p. 178.

«realismo jurídico norteamericano» ha asumido un papel mucho más radical en esta materia.

Este «realismo jurídico norteamericano» destaca aspectos como la existencia de realidades psicológicas y sociológicas que ayudan a dar forma al sentido en que un hombre decide judicialmente un caso, sus prejuicios, sus simpatías, antipatías, caprichos e intereses privados que, en consecuencia, enriquecen las llamadas Fuentes del Derecho y, por otra parte, la misma percepción intuitiva del juzgador, criterios ambos que descartan el viejo papel de absoluta imparcialidad y pasividad asignado al juez para convertirlo en un sujeto apasionado por su caso en búsqueda de la verdad.

2.8. Las Fuentes Formales en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

2.8.1. *Presentación y orden expositivo*

A sabiendas que los hitos históricos no están demarcados en forma precisa en el tiempo o en el espacio, por razones de metodología creemos que el tema debe tratarse en dos grandes apartes que comprendan la definición del asunto antes y después de la Constitución de 1991, sin que eso signifique no reconocer que en la primera etapa pudieron haberse dado, como en efecto ha sucedido, expresiones connotadas de avances y cambios que, finalmente, pudieron haber servido de antecedente directo al surgimiento de criterios innovadores en esta materia a partir del importante evento histórico y político de la Constitución de 1991.

2.8.2. *Tratamiento del tema antes de 1991*

Durante este gran lapso, el tema de las Fuentes del Derecho ha sido inobjetablemente admitido como de regulación puramente legal, es decir, ha sido nuestro Ordenamiento Jurídico, expresado objetivamente en la ley, el que ha dispuesto las reglas generales sobre las Fuentes del Derecho, lo que le ha dado sentido al criterio según el cual nuestros autores definen las mismas como «*los distintos modos de expresión del derecho positivo*».

No otro puede ser el sentido y entendimiento de normas como las contenidas en artículos como el 10^a de la Carta de 1886 en el sentido de imponer como «*deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes...*» o del 18 del mismo Código al establecer que «*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia*».

Por su parte, la Constitución de 1886 al referirse a la estructura estatal consagró como parte de nuestro ordenamiento jurídico un sistema de organización estatal basado en tres (3) ramas del poder público, autónomas e independientes, con «funciones separadas» pero con colaboración armónica de las mismas para la realización de los fines del Estado.

El Código Civil, La Ley 153 de 1887 y la Ley 169 de 1896 consagraron dos (2) Fuentes Formales del Derecho que la Corte Constitucional ha considerado como los dos «caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales», los cuales son: el «reflexivo», que da lugar a la legislación, y el «espontáneo», a la Costumbre.

En suma, puede decirse que en materia de Fuentes, en Colombia se ha admitido que son de dos clases: las «Formales», es decir, la manera a través de las cuales el derecho se manifiesta o «los cauces por los cuales se expresa», y las «Materiales», que son aquellas circunstancias fácticas de orden social, económico, político e histórico que producen o hacen producir el derecho.

Nuestra Jurisprudencia y Doctrina admitieron siempre en este lapso de la historia que las Fuentes Formales eran la Ley, la Costumbre y el Negocio Jurídico.

A) Se ha entendido que la primera, LA LEY, se expresa de la siguiente manera:

A.1) La Ley, propiamente dicha, como declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional con el carácter general de mandar, permitir y castigar y entendida en el sentido material del término (artículo 4º del c.c.), porque no sólo se designa a la ley que en sentido formal produce el Congreso de la República, sino a toda la expresión normativa constitutiva del Derecho positivo colombiano, estructurado y clasificado jerárquicamente a partir de la Constitución Política, el llamado Bloque de Constitucionalidad¹¹ en los términos admitidos y explicados por la Corte Constitucional¹², los tratados internacionales aprobados por el Congreso, los actos reglas de éste, denominados específicamente «leyes», los decretos que por mandato

¹¹ HERRERA LLANOS, Wilson (2004). *Derecho Constitucional Colombiano* (p. 83). Barranquilla, Ediciones Uninorte.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-225/95, C-040/97, C-358/97, C-191/98, C-582/99, C-708/99.

constitucional tengan ese carácter, los reglamentos constitucionales y también los legales, los decretos gubernamentales y los demás decretos y resoluciones ejecutivos expedidas por las diferentes autoridades de los órdenes nacional, departamental, distrital y municipal.

A.2) Dentro del mismo concepto, las Leyes Análogas (analogía), es decir, las leyes que regulen casos o materias semejantes cuando no hubiere ley exactamente aplicable al caso controvertido (artículo 8° de la Ley 153 de 1887), lo que le da a esta fuente el carácter de fuente «no autónoma» por depender del mandato legal que le da vida.

La Corte Constitucional al examinar esta norma sobre la «analogía» en relación con el artículo 230 y encontrarla exequible la ha definido como la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris*, o razón de ser de la norma, y ha insistido en que no constituye una fuente autónoma diferente de la legislación ya que el juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley.

A.3) Como expresión del mismo mandato legal, la «Doctrina Constitucional» y las «Reglas Generales del Derecho», siempre que no existiera ley para el caso controvertido, ni una norma análoga, según mandato del mismo artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

Debemos tener en cuenta el criterio de la Corte según el cual la forma que permite establecer si una «regla general de derecho», que es denominada a veces «principio», es o no parte del sistema positivo (escrito), consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, aunque ésta no la contenga de manera explícita.

A.4) Como expresión del mismo mandato legal, también la «doctrina probable», constituida por tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, aplicable aun en casos análogos, la cual siempre podrá ser variada por la misma Corte, tal como lo establece el artículo 4° de la Ley 169 de 1986, que fue subrogatorio del artículo 10° de la referida Ley 153 de 1887; y

B) Respecto a la **COSTUMBRE**, ésta ha sido admitida como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento jurídico colombiano, siempre que sea general y falte legislación positiva o escrita, según mandato del artículo 13 de la Ley 153 de 1887 y de la misma Corte al

declarar la exequibilidad de dicha norma: Según dicho del alto organismo, el juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.

C) En relación con el NEGOCIO JURÍDICO, empezaremos por advertir sobre la muy usual confusión a que puede llevar el uso de esta expresión a partir del significado enteramente gramatical del vocablo «negocio» como toda actividad que es objeto de interés económico o lucrativo.

Jurídicamente, los autores entienden «*el medio o instrumento social y legalmente admitido para que los particulares satisfagan, dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres, los intereses que están dentro de la órbita de la autonomía privada*»¹³.

Otros autores¹⁴ identifican la noción jurídica del «negocio jurídico» con la de «acto jurídico» y los definen como «*la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos*».

Según este último criterio, el vigor normativo que el legislador les atribuye a los actos jurídicos particulares es corolario lógico de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ya que éste equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la Ley¹⁵, es decir, que esta delegación legal en la voluntad privada hace que todo acuerdo de voluntades suscrito legalmente entre particulares se constituya inmediatamente en verdaderas normas jurídicas obligatorias.

Como es sabido, el «negocio o acto jurídico», como expresión de voluntades que genera obligaciones, se manifiesta a través de convenciones y contratos.

El artículo 1495 del Código Civil colombiano identifica estos conceptos al decir que «*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*», pero para la doctrina y la jurisprudencia, mientras la convención es genérica, el contrato es espe-

¹³ MONROY CABRA, Marco Gerardo (1988). *Hermenéutica del Derecho* (p. 142). Bogotá, Señal Editora - Ministerio de Justicia.

¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (p. 17). Bogotá, Temis.

¹⁵ *Ibid.*, p. 316.

cífico, y la primera se convierte en contrato sólo cuando hace generar entre las partes una obligación legal.

La consideración del negocio jurídico como fuente formal del derecho se expresa en la legislación colombiana a través de la norma contenida en el artículo 1602 del Código Civil que ordena tener como ley para los contratantes a todo contrato celebrado legalmente y, además, la imposibilidad de invalidarlo siempre que no sea por voluntad de las mismas partes o por causas legales.

El profesor Ospina Fernández¹⁶ insiste en que de todas formas no pueden asimilarse plenamente la convención o negocio jurídico a la ley, ya que la primera siempre debe estar subordinada a la segunda, la primera es siempre particular, en tanto la segunda es general y, además, la primera se presume siempre conocida por todos y no requiere prueba especial, en tanto la segunda debe acreditarse plenamente.

En conclusión y como puede verse, en nuestro régimen romano-germánico, todas estas Fuentes del Derecho tienen un origen estatal de carácter legislativo, porque es la ley misma la que les asigna su carácter, de manera que, al tenor de las disposiciones citadas, tanto la «Doctrina Constitucional» como la «doctrina probable» y la misma «Costumbre» son fuentes supletivas del derecho por mandato legal, lo que es contrario a los regímenes de influencia del «common law», en que se le da preeminencia a la jurisprudencia.

De todas formas, ante la importancia que actualmente ha logrado recabar la «jurisprudencia» como «precedente judicial», es destacable el hecho de que la misma ley colombiana, desde 1886, hubiera incluido como fuente formal legislada del derecho tanto a la «doctrina constitucional» como a la «doctrina probable» que, como es sabido, la una se refiere a las decisiones jurisprudenciales de la Corte sobre asuntos de constitucionalidad, y la otra se refiere a las tres (3) decisiones uniformes que sobre un punto de derecho asume la Corte como tribunal de casación, muy a pesar de que, en este último caso de la «doctrina probable», ha sido la misma práctica jurídica la que, por su connatural índole de legalista y formal, la condenará al desuso.¹⁷

¹⁶ *Id.*

¹⁷ MONROY CABRA, ob. cit., p. 13.

En cuanto a la «Jurisprudencia» ordinaria y la «doctrina», como lo dice Marco Monroy Cabra¹⁸, la primera sólo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye carácter obligatorio, pues su valor supletorio indica que ella se aplicará para resolver los problemas hermenéuticos que presentan las leyes, bien porque poseen un significado oscuro –problemas de interpretación–, bien porque contradicen otras disposiciones de igual jerarquía –problemas de coherencia–, o bien porque no indican una respuesta clara frente al caso que se estudia –problemas de plenitud del orden normativo–, y la segunda sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como tal.

A pesar de lo anterior, el profesor Jaime Giraldo Angel¹⁹ nos enseña que en este lapso es innegable la importancia asignada por la misma ley colombiana tanto a la «jurisprudencia» como a la «doctrina», como instrumentos de interpretación jurídica, y cita en su respaldo las normas contenidas en los artículos 5º de la Ley 153 de 1887 y 26 del Código Civil, que respectivamente establecen, el primero, que *«dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes»*, y el segundo, que *«los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido...»*

2.8.3. Tratamiento del tema a partir de la Constitución de 1991

2.8.3.1. En relación con el Precedente Judicial

El artículo 230 de la Carta de 1991 dispuso que *«los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley»*, y que, por otra parte, *«la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial»*.

Por su parte, el artículo 243 consagró la «cosa juzgada constitucional» al ordenar primeramente que *«los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a Cosa Juzgada Constitucional»* y después prohibir a toda autoridad *«...reproducir el contenido material del*

¹⁸ *Ibid.*, p. 101.

¹⁹ GIRALDO ANGEL, Jaime (1998). *Hermenéutica del Derecho* (p. 109). Bogota, Señal Editora - Ministerio de Justicia.

acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución».

A partir de la lectura de las anteriores normas, muchos autores y estudiosos de la Constitución consideraron que se había derogado parte de la normatividad que en materia de fuentes del derecho consagraba la Ley 153 de 1887, de manera que, a su juicio,²⁰ siendo las Fuentes Formales del derecho «la forma de producción de la norma jurídica y la forma en que esa norma se manifiesta constituyendo el fundamento de las providencias judiciales» y los Criterios Auxiliares de la actividad judicial «aquellos instrumentos para la correcta aplicación, interpretación, armonización e integración del ordenamiento jurídico», después de la Constitución de 1991 permanecen como fuente formales la ley, la costumbre y la doctrina constitucional, en tanto que la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho han dejado de ser fuentes formales del derecho para situarse en la categoría de Criterios auxiliares de la actividad judicial.

Otros doctrinantes y magistrados han iniciado una corriente llamada ya por algunos como «renovadora», que busca el fortalecimiento de la labor judicial mediante la promoción de la doctrina de los «precedentes judiciales», muy propia del sistema anglosajón, y al analizar las mencionadas normas, y especialmente la referencia a que los jueces sólo deben someterse al «imperio de la ley», sostienen que la «exclusividad» a que esta orden de la nueva Carta se refiere en relación con el respeto al derecho «legislado» es simplemente aparente al examinar el contenido del artículo 243 de la misma Carta, pues el alcance de esta norma obliga a otras consideraciones que varían parcialmente tal exclusividad.

En la sentencia C-252 del 2001, la Corte Constitucional nos enseña que, como resultado del rediseño institucional de la rama judicial propuesto por la nueva Constitución, la materia principal de este debate han sido los fallos de la Corte Constitucional pero que, sin embargo, este enfrentamiento doctrinal revela con precisión las tensiones que se viven dentro de la rama judicial, que, en últimas, reproducen la ancestral discusión entre quienes, apegados a la tradición, luchan por la primacía de la ley y su aplicación escueta por parte del juez –la boca que pronuncia las

²⁰ FONSECA, Marco Antonio (1992). «Las fuentes formales a partir de la Constitución de 1991». *Revista de Derecho* N° 1. Barranquilla, Ediciones Uninorte, p. 32 y ss.

palabras del legislador– y quienes aspiran a fortalecer la labor judicial predicando la fuerza vinculante–para todos los operadores jurídicos–de los fallos proferidos por las altas cortes.

Desde las primeras explicaciones de la Corte Constitucional sobre la situación de la norma del artículo 230 constitucional (sentencia C-104 de marzo 11 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero), el alto organismo sostuvo que «la tradición secular de la dogmática nacional (Ley 153 de 1887) fue acogida por la Constitución de 1991 en su artículo 230 y que no podía creerse que con esa norma se hubiera dado un cambio en esta materia en Colombia», ya que con ella lo único que se hizo fue darles base constitucional a tradicionales principios que antes sólo tenían piso legal.

De acuerdo con lo anterior, la Corte mantuvo (inicialmente como se verá más adelante) el criterio según el cual siendo el Ordenamiento Jurídico un conjunto de normas organizado en forma de todo un SISTEMA, no puede hablarse de lagunas en el derecho, ya que entre las «fuentes formales principales» (la ley) y las «fuentes formales auxiliares» (que son las demás) se establece una «plenitud hermética del derecho», en virtud de la cual todas las situaciones jurídicas están previstas por ese sistema que conforma el Ordenamiento Jurídico, cuya principal «fuente» es la Constitución.

Por otra parte, nos explica la Corte, la llamada Doctrina Constitucional o jurisprudencia constitucional es una excepción al principio atrás enunciado, y no puede confundirse con la simple jurisprudencia, a pesar de las semejanzas que existen entre ellas en cuanto a la fuerza de cosa juzgada que ostentan sus respectivos pronunciamientos.

En cuanto a sus diferencias, como ha dicho la misma Corte, «mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Administrativo (reproducción de acto suspendido), tales providencias sólo tienen el carácter de criterio auxiliar (artículo 230) para los futuros casos similares, la Jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional (artículo 243), de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior»²¹.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-104 marzo 11 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En importante observación, nuestro autor guía²² nos señala el hecho de que, en ejercicio de las facultades otorgadas al Gobierno nacional por el artículo 23 transitorio de la Carta de 1991, éste expidiera el decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991 para establecer el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que debían surtirse ante la Corte Constitucional.

En esta regulación se establecieron normas como las del artículo 21 y 23, que le dieron, la primera, valor de cosa juzgada constitucional a las sentencias de la Corte (de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y particulares), y la segunda, calificación de criterio auxiliar obligatorio a la doctrina constitucional enunciada en dichas sentencias, siempre que no fuera modificada por la misma Corte, con lo cual, a juicio de muchos, se intentaba desde ya consagrar la doctrina del «valor obligatorio del precedente».

Fue la misma Corte Constitucional la que, en su sentencia C-113 de 1993, sostuvo que esas facultades no iban más allá de lo previsto por el artículo 243 de la Carta, que se refiriere –según el alto organismo– únicamente a sentencias pronunciadas en procesos de revisión de inconstitucionalidad y que, además, la referencia al «obligatorio cumplimiento» no era más que la ratificación de los efectos normales de una sentencia en firme.

Tal como nos lo relata la misma Corte en su sentencia C-252 del 2001, el asunto, junto con el criterio adoptado, fue posteriormente reexaminado por la Corte en la Sentencia C-083 de 1995²³, en la que si bien se sigue afirmando el valor auxiliar de la jurisprudencia, se hace una precisión respecto del significado del término *doctrina constitucional* contenido en el artículo demandado, que luego sería utilizada en sede de tutela para avalar la teoría del precedente judicial²⁴.

Esta Cosa Juzgada Constitucional, o Jurisprudencia Constitucional, o Doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional constituye criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia ordinaria del país.

²² *Ibid.*, p. 15-16.

²³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ Cfr. las sentencias T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-260 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Cuando el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 habla de «doctrina constitucional» aplicable cuando no haya ley exactamente aplicable ni análogas, la está definiendo—a juicio de la misma Corte— «como la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a partir de los usos concretos de la misma hechas por su interprete constitucional (en este caso la Corte Constitucional)».

El concepto se amplía a partir de lo dicho por la misma Corte en la sentencia C-083/95:

...al referirse 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. (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, al seguir nosotros el curso de los pronunciamientos del alto organismo observamos que en la sentencia C-131 del 1° de abril del mismo año 1993 (con ponencia del consejero Alejandro Martínez Caballero), a pesar de haber declarado en su parte resolutive la inexecutable de la expresión «obligatorio» que traía el inciso 1° del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, esta decisión se tomaba argumentando razones de incompetencia del legislador especial para regular, sin violar la Constitución, los efectos de los fallos de la Corte, pues en relación con el asunto del precedente, ante la pregunta que se hacía la misma corporación sobre si la sentencia de la Corte Constitucional era para un juez fuente obligatoria o fuente auxiliar, la providencia respondía que claramente la respuesta a esa pregunta era la de que dicha sentencia es fuente obligatoria antes de desarrollar toda la explicación sobre las partes de la sentencia que en forma explícita y en forma implícita obligaban.

En la misma sentencia citada (C-252/01), la Corte explica que el criterio sostenido hasta el momento de proferirse la sentencia C-083/95 sobre la fuerza obligatoria de la Sentencia Constitucional abrió el camino para que, en defensa de principios como el de la igualdad, el de

la seguridad jurídica y el de la unidad argumentativa y doctrinal, se iniciara un giro especial de dicha doctrina y se extendiera su filosofía hacia el fortalecimiento de la tesis del precedente judicial, no sólo en materia constitucional.

En efecto, la sentencia T-123 de 1995 da curso a dicho cambio de criterio al afirmar que si bien la Corte entendía que solo la «doctrina constitucional» tiene el carácter de fuente obligatoria, también era cierto que a través de la jurisprudencia de los altos organismos jurisdiccionales se podía realizar el principio de la igualdad por la vía de la unificación doctrinal, por lo que, sin perjuicio de que la jurisprudencia conservara su atributo de criterio auxiliar, era razonable exigir 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, artículo 13).

Con la expedición de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, el Congreso de la República, al terciar en el asunto, determinó que *«sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene el carácter obligatorio general»*, y la Corte inmediatamente ripostó con la sentencia C-037 de 1996, por medio de la cual declaró la inconstitucionalidad de las expresiones «sólo» y «el Congreso de la República», dejando establecido que

...la labor de la Corte Constitucional encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Corte, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la ley Fundamental...

En relación con el segundo numeral del artículo 48 de la misma Ley 270 de 1996, que ordena que *«las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes»*, y que, por otra parte, *«...su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces»*, la Corte declaró su exequibilidad condicionada al entendido de que si los jueces deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazadas en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad».

Como nos lo señala la misma Corte, lo anterior vino a significar que en Colombia *los jueces tienen una obligación positiva de atender los materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho*. Y uno de esos materiales, es, ahora, la jurisprudencia, que se viene a agregar a los ya tradicionales (Constitución y ley), con lo cual es muy cierto que se expresa una sólida teoría en materia de Precedente Judicial²⁵.

Según la Real Academia, «preceder» es ir delante en el tiempo, orden o lugar, y «precedente» se define como la circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores.

Jurídicamente, si bien podríamos hablar del precedente legislativo o administrativo para referirnos a lo que antecedió a una ley o a una actuación gubernativa, la importancia del concepto se destaca en lo judicial y, fundamentalmente, en lo judicial constitucional.

Se trata de establecer que los tribunales, y en especial el constitucional, por la índole macro que representa, deben ser consistentes o consecuentes con las decisiones que toman como una forma de expresión del respeto a un Estado de Derecho, porque es obvio que los jueces no pueden tomar sus decisiones de fondo con base en simples caprichos o criterios ligeros, sino con fundamento en reglas jurídicas o principios que no sólo han sido ya aplicados a otros casos sino que ellos mismos y los demás estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

A juicio de la misma Corte²⁶, todo este criterio se sintetiza en la sentencia C-447 de 1997, en la que se afirma:

Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el

²⁵ Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-640 de 1998; SU 168 de 1999; T-009 de 2000 y T-068 de 2000.

²⁶ Sentencia C-252 del 2001.

imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones²⁷.

Luego, en la sentencia su-047 de 1999, se precisaría que el respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos aun de carácter legislado como el colombiano, y que por ello todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas²⁸.

Las razones que fundamentan tal criterio se pueden sintetizar, con la Corte, así:

1º) Por consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

2º) Porque esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

3º) Porque no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

4º) Porque el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Ver, por ejemplo, entres otras, las sentencias T-13 de 1995 y C-400 de 1998.

Para explicar el alcance de la obligatoriedad del Precedente Judicial, la Corte empieza por desentrañar los diversos aspectos de una decisión judicial a partir de la terminología del sistema jurídico del *common law* porque, a su juicio, «es donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis* y donde más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo».

Se nos dice, entonces, 1º) que la parte resolutive de la sentencia, esto es, la resolución concreta del caso, es llamada *decisum*, la que, tan pronto la providencia está en forma, se entiende que hace tránsito a cosa juzgada y obliga a las partes del proceso, salvo que se trate de juicios de constitucionalidad de las leyes en los que tiene efectos *erga omnes*; 2º) que la parte considerativa o de las razones de la decisión es llamada «*ratio decidendi*» y que constituye una doctrina vinculante para los demás jueces y calificada por la Corte como Cosa Juzgada implícita y, 3º) finalmente, que los llamados *obiter dicta*, que la Corte traduce como «dichos al pasar», tienen una simple fuerza persuasiva, igual a la de «criterio auxiliar» que el artículo 230 constitucional le asigna a la «doctrina» .

La Corte²⁹ destaca finalmente, como una de las importantes consecuencias de la doctrina de los precedentes judiciales, la renovación del deber de los jueces de motivar sus decisiones y de mantener la coherencia en ellas frente a la realidad de las circunstancias que analiza lo que redundará directamente en la efectiva garantía del debido proceso.

En suma, la Corte Constitucional³⁰, si bien destaca la importancia del Precedente Judicial bajo el criterio de que es natural que en un Estado de Derecho los ciudadanos puedan exigirles a sus jueces el respeto por sus decisiones previas, insiste en que este principio «...no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso».

Es claro, entonces, que el respeto al principio del precedente judicial no implica la aceptación *per se* de eventuales errores del pasado, ni que la aplicación de una interpretación jurídica calificada como correcta alguna vez sea inmodificable cuando se enfrente a situaciones o casos con peculiaridades que la hagan inaceptable, por lo que no puede olvidarse que es connatural al principio del precedente judicial la aceptación de

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, S-C-252/01 citada.

³⁰ Sentencia SU-047/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

que la separación del mismo sólo puede hacerse de manera racional, argumentada y seriamente sustentada.

En la doctrina nacional se han presentado algunas consideraciones de reserva sobre el tema del Precedente Judicial aun en quienes son sus defensores³¹, ya que estiman que con el tiempo el precedente puede solidificarse y perder el sentido garantista y evolutivo que tiene en su esencia, especialmente si su sustento es basado en rígidos tecnicismos de interpretación que alejarían del ciudadano la comprensión sencilla del texto y alcance de la norma constitucional, de manera que, según esta crítica, si no se promueven sistemas de rápida, permanente y sencilla comunicación e intercomunicación de la problemática constitucional y su desarrollo, la tendencia hacia la «rigidificación» acabaría por convertir al precedente en otra estática concepción de la realidad constitucional.

Igualmente encontramos en la doctrina³² a quienes estiman e insisten en que sólo la Constitución puede legitimar y darle jerarquía de obligatorio al precedente judicial y que, si bien no pretenden descalificar la figura como fuente del derecho en forma general, según sus propias voces, sí quieren *«poner de manifiesto la precariedad del título de legitimidad en que se intenta fundamentar en nuestro país a ese instituto cuando se le da el atributo de vinculante u obligatorio»*.

En el ensayo citado encontramos importantes argumentos que no sólo se refieren al indebido seguimiento por parte de la Corte Constitucional colombiana de las providencias de países europeos como España, Italia y Alemania, al problema de la «competencia» de la Corte Constitucional, que por ser designada taxativamente por la misma Carta, le impide construir tesis como la del precedente judicial y a lo que el autor muestra como un indebido sustento kelseniano de la posición conceptual de la Corte, sino que, después, termina señalando abiertas contradicciones de la alta corporación con sus propias sentencias y principios sentados con anterioridad y desentrañando el mandato legal de la norma contenida en el artículo 48 de la Ley estatutaria de la Justicia, a su juicio, manipulado jurisprudencialmente para darle a éste una nueva y muy diferente preceptiva.

³¹ LÓPEZ MEDINA, ob. cit., p. 206.

³² CERRA JIMÉNEZ, Luis Eduardo (2001). *Título de legitimidad del precedente judicial vinculante*. Barranquilla, Nobel Impresores.

2.8.3.2. *En relación con la Costumbre*

En relación con la **COSTUMBRE**, nos explica la Corte Constitucional que así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido, a la luz de la democracia, reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

Mientras la ley se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuida la función de crearla, la Costumbre resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad. De la costumbre existe una clasificación generalmente aceptada, que tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre.

La costumbre se clasifica, según su conformidad u oposición con la ley, en costumbre **secundum legem**, cuando la norma adquiere su carácter de tal por la expresa referencia que a ella hace la ley; **praeter legem**, cuando es relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador y, finalmente, **contra legem**, cuando es contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma o establezca una solución diferente de la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en **desuso**.

Para la Corte Constitucional es claro³³ que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico.

Sostiene la corporación que lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño. «No sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema».

En la sentencia, la Corte Constitucional declara que la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana y que no hay uno solo de

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-224 de 1994.

sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por «moral cristiana» en Colombia, pues «*el hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como «la de la nación» y como «esencial elemento del orden social», no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado. No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías*».

En el mismo sentido, la Corte ha dicho³⁴ que la referencia hecha en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 a la moral cristiana no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la «*opinio juris*», según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa la convicción de obligatoriedad, por lo que debe entenderse esta expresión como la moral social o moral general, y en casos excepcionales es evidente que tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular.

En criterio de la Corte,

...No sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema.

...No puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta. Por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre praeter legem, no es contrario a la Constitución. Y con mayor razón puede decirse que la costumbre secundum legem se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella.

3. LOS PRINCIPIOS LEGALES

El título I de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, en sus primeros nueve artículos consagra nueve principios de

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-240/1994.

la Administración de Justicia, de los cuales dos de ellos tienen expresa consagración o definición constitucional, sin que eso signifique que los otros no gocen igualmente del respaldo implícito de la Carta. Estos principios son los siguientes:

3.1. Principio sobre el Carácter y Finalidad última de la Administración de Justicia (artículo 1º)

Con la directiva del artículo 228 constitucional, el artículo 1º de la Ley estatutaria consagra este principio que determina el carácter de la Administración de Justicia como aquella parte de la «función pública» que cumple el Estado de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la ley para realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Como puede verse, el sentido estricto de este principio nos enseña que para realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional es necesario hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la ley, y que para obtener lo uno y lo otro se necesita de esa parte de la Función Pública que se denomina Administración de Justicia, de tal manera que ésta, en su integridad estructural, funcional y humana (corporaciones, procedimientos y jueces), deberá tener en cuenta que toda su actividad (autos, resoluciones y sentencias) no puede estar dirigida a cosa diferente que no sea la de lograr la concreción de la Constitución y la ley.

Este principio fue declarado exequible por la Corte Constitucional por considerar que interpreta apropiadamente los postulados contenidos, entre otros, en el preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 228 constitucionales.

A pesar de que esta norma de la Ley 270, como toda declaración de principios, se nos presenta a primera vista como veraz e inobjetable, a nuestro juicio, la retórica de su redacción le asigna a la «justicia» una mayor carga teleológica de la que verdaderamente le corresponde, porque no creemos, como lo hemos expresado atrás, que la causa de la no realización de la convivencia social o de la concordia nacional sea necesariamente, y de manera exclusiva, la falta de eficacia de la organización judicial, y no es cierto que la causa de la crisis de un Estado lo sea una mala justicia, pues como lo hemos expresado, ésta no es sino uno de los antecedentes más cercanos y, en últimas, una expresión de ella. Mucho más atrás de una mala justicia subyacen fenómenos y cir-

cunstancias de orden social, económico y fundamentalmente políticos que son los que efectivamente producen el desequilibrio social en todas sus muy variadas manifestaciones.

3.2. Principio del Acceso a la Justicia

En su primera parte, el artículo 2° de la Ley 270 dice que el Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia, es decir, que todas las personas, sin distinción alguna, puedan tener entrada a la justicia, o puedan llegar a alcanzarla, que significa, objetivamente, que ninguna persona pueda verse excluida o alejada de la posibilidad de ser atendida por la estructura organizacional delineada por el Estado con la labor específica de administrar justicia.

Alcanzar la justicia, o tener acceso a ella, es poder acudir a un juez de la República a solicitar la declaración, constitución o respeto de un derecho, y que ese juez adelante hasta su culminación toda la actividad procedimental prevista por las leyes hasta el momento del pronunciamiento final, con respeto, además, de todas las oportunidades, exigencias y etapas previstas para tales efectos, por lo que este derecho lleva implícito el otro derecho fundamental del «debido proceso», consagrado en el artículo 29 constitucional.

Tener derecho a acceder a la justicia, entonces, no es solamente poder acudir a ella, sino también que ella le garantice los procedimientos y principios que según la Constitución y las leyes colombianas permiten que a las personas se les declare, constituya o respete un derecho.

En su segunda parte, la norma del artículo 2° le impone al Estado asumir dos mecanismos importantes que propenden por lograr el mencionado Acceso a la Justicia, denominados el «Amparo de Pobreza» y la «Defensoría del Pueblo».

La primera de estas figuras está consagrada en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 160 y siguientes para aquellas personas que no se hallen en capacidad de atender los gastos de un proceso, sin que ése menoscabe lo necesario para su propia subsistencia, y de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo que estas personas intenten hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso.

La segunda figura, llamada Defensoría del Pueblo, se institucionalizó en los artículos 281 y siguientes de la Constitución de 1991, como

parte del Ministerio Público y bajo la suprema dirección del procurador general de la Nación, para velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. La misma Carta delegó a la ley la regulación de todo lo relativo a la organización y funcionamiento de la institución en todo el territorio de la República, y el Congreso cumplió con tal cometido al expedir la Ley 24 de 1992.

El artículo 21 de la citada norma define la figura de la «Defensoría Pública» para prestarla a favor de aquellas personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos o para asumir su representación judicial o extrajudicial, en los términos y bajo las condiciones que reglamente el mismo defensor del pueblo.

3.3. El Principio del Derecho de Defensa

El artículo 3° de la Ley 270 de 1996 consagra el «derecho de defensa» como una garantía legal aplicable sin excepción alguna a toda clase de actuación judicial o administrativa de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley.

Como puede verse, esta norma es desarrollo del derecho a acceder a la justicia que hemos tratado en el numeral anterior, ya que no es posible pensar en la posibilidad de acceder a la justicia si por otra parte esa justicia no es equilibrada y permite el derecho a la defensa.

Por otra parte, esta norma tiene su cabal aplicación en el aparte del artículo 29 constitucional que, al referirse al principio fundamental del debido proceso, declara que «quien sea sindicado tiene derecho a la defensa», derecho que la misma norma constitucional completa con «la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento» y con el enunciado posterior de un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia y a que no se le juzgue dos veces por el mismo hecho.

A partir del entendimiento genérico de la «defensa» como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces, o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de

cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición.

En su segunda parte, la norma desarrolla específicamente el principio al regular aquellos casos en que una persona no tenga los recursos económicos suficientes para afrontar su «defensa técnica», para lo cual autoriza el ejercicio de la misma por parte de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado siempre que, por otra parte, la respectiva universidad certifique la idoneidad del estudiante, lo que se encuentra en total concordancia con lo previsto en el numeral 4) del artículo 282 constitucional sobre la defensoría pública, que es una función asignada al defensor del pueblo.

Es importante precisar el criterio que sobre este punto ha desarrollado la Corte Constitucional al momento de examinar la exequibilidad de esta parte de la norma estudiada, porque en su sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 insiste en que, tal como lo había venido sosteniendo (sentencia C-592 de 1993), el sindicado en asuntos penales siempre debe estar asistido por un profesional del derecho.

Este criterio fue atenuado en la sentencia C-071 de 1995, en la que la Corte explica que los abogados de oficio que deba asignárseles a un sindicado siempre deben escogerse de la lista de los defensores públicos de la Defensoría Pública, ya sea que pertenezcan a su planta de personal o sean contratados.

La sentencia dice que sólo excepcionalmente se pueden nombrar abogados que no estén en esa lista, es decir, que no formen parte de ese organismo, de manera que la designación de estudiantes de consultorio jurídico será aun más remota, porque sólo se daría cuando por razones geográficas, económicas y sociales en que no sea posible asegurar ni la defensa pública, ni la oficiosa por parte de otro abogado, se puede permitir este ejercicio a fin de asegurar la presencia de personas con formación en derecho, siempre que, por otra parte, la certificación de la universidad identifique en el estudiante una muy buena formación jurídica, moral y ética, y en este sentido quedó establecido en la sentencia de unificación de la Corte N° su-044 del 9 de febrero de 1995 y en la de exequibilidad del artículo 3° de la Ley 270, radicada bajo el N° C-037 de 1996.

3.4. El Principio de la Celeridad

De la misma manera que nuestra gramática castellana entiende por «celeridad» la prontitud, rapidez y velocidad, jurídicamente este principio legal, consagrado en el artículo 4º de la Ley estatutaria de la Justicia, en el artículo 209 del capítulo de la Función Pública en la Constitución y en el artículo 3º del Código Administrativo sobre actuaciones administrativas, se identifica con los conceptos de «prontitud» y «cumplimiento».

En la norma que analizamos se expresa materialmente el concepto a través de la consideración de que los «términos procesales», es decir, los plazos y oportunidades señalados en los procedimientos para la realización de los actos de las personas que intervienen en los procesos tienen el carácter de perentorios y de estricto cumplimiento, que significa que no pueden dejar de cumplirse y que son concluyentes, determinantes y decisivos, de manera que su incumplimiento puede acarrear sanciones disciplinarias por mala conducta, sin perjuicio de las de orden penal a que haya lugar.

Este principio está en plena concordancia con el artículo 228 constitucional, que ordena observar los «términos procesales» con diligencia y que su incumplimiento sea sancionado, y es tan importante que la misma Corte Constitucional lo ha definido como el «derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos», y lo ha calificado como integrante del derecho del debido proceso (artículo 29 constitucional) y del acceso a la justicia (artículo 229 constitucional).

3.5. Principio de la Autonomía e Independencia de la Rama Judicial

El artículo 5º del estatuto de la justicia prescribe que la Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de sus funciones, es decir, que como corporación u organismo estatal no depende de ninguna otra, y en cuanto a su trabajo de administrar justicia tiene la capacidad legal de «sostener derechos y opiniones sin que la doblen respetos, halagos o amenazas», como lo señala la Real Academia de la Lengua, con lo cual desarrolla la referencia constitucional que aparece en la primera y última parte del artículo 228 de la Carta de 1991 sobre la independencia de la administración de justicia y su funcionamiento autónomo, confirmada después en su artículo 230 al declarar que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

Al explicar este principio, la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1996 insiste en que la validez del mismo se da a pesar del ejercicio legítimo de sus funciones constitucionales o legales por parte de otras autoridades judiciales y de que otras ramas del poder público participen en la designación de algunos funcionarios judiciales o ejerzan la colaboración armónica prevista por la misma Carta.

En esa misma sentencia declaró la exequibilidad plena del primer inciso de este artículo, pero en cuanto al segundo inciso hizo algunos reparos o, más que reparos, advertencias en relación con el mandato de que ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podría imponerle «criterios» que deba adoptar en sus providencias, pues, a su juicio, esta parte de la norma debía entenderse «*sin perjuicio del carácter vinculante que pueda tener en determinados casos la doctrina de la Corte Constitucional*» en los términos previstos, a su vez, en otras sentencias de la Corte Constitucional, como la C-083 del 1° de marzo de 1995 y las que hemos analizado o comentado al momento de explicar las Fuentes del Derecho y la teoría del «precedente judicial».

3.6. Principio de la Gratuidad

Este principio lo consagra el artículo 6° de la Ley estatutaria de la Justicia cuando declara que la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio, obviamente, de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales.

Lo que significa la norma es que, por una parte, la prestación del servicio o función pública de la justicia misma no es onerosa, ya que el Estado no cobra para prestarla y que, por otra parte, los costos de organización y funcionamiento del aparato o ente encargado de administrarla los asume el Estado y nunca se le pueden cargar al beneficiario de la misma, sin extender tal gratuidad a aquellos gastos que las personas (partes o terceros) deban hacer en el curso de un proceso para obtener los resultados pretendidos, tales como honorarios de abogado, costos de peritazgos, fotocopias documentales, diligencias, transportes, envío de documentos, remuneración a auxiliares, remisión de expedientes, etc.

Citando a Alberto de Casso, el profesor Hernán Favio López³⁵ explica que «contra la gratuidad total de la justicia, propugnada por Jeremías Benthan, cabe un argumento de política procesal, como es el evitar un

³⁵ LÓPEZ HERNÁN, Favio (1989). *Derecho Procesal Colombiano* (p. 507). Bogotá, Temis.

crecimiento desmesurado de la litigiosidad e impedir que los ciudadanos arrojen sobre audiencias y juzgados una masa de pleitos insostenibles que harían imposible la misma administración de justicia... pero dentro de ese sistema hay que buscar una fórmula que haga posible el acceso a la justicia de quienes no podrán pagar sus costas».

La norma comentada, después de referirse a costos judiciales, terminaba con la expresión «...*que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas*», pero esta frase fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1996, ya citada, por considerar que con ella se estaba desconociendo la posibilidad de que la Carta Política o la ley contemplen procesos o mecanismos para acceder a la administración de justicia que no requieran erogación alguna por parte de los interesados.

3.7. Principio de la Eficiencia

La Eficiencia, que es la virtud o condición cuidadosa, activa y exacta de actuar en aras de producir siempre los resultados esperados, está consagrada como principio legal de la administración de justicia en el artículo 7° de la Ley 270 de 1996.

La Corte Constitucional extiende la interpretación de esta norma más allá de la diligencia con que los jueces deben atender sus obligaciones, porque entiende que ese principio le impone al juez dictar sus fallos con el mayor sentido de justicia, seriedad y juridicidad, vale decir, con excelencia, porque considera, además, que el juez que se limita a cumplir con diligencia los términos procesales sin interesarse por exponer los razonamientos de sus decisiones en forma clara y profunda, viola la constitución, que, en últimas, es la que exige, como resultado último de la actividad judicial, la consecución de un Estado Social de derecho.

3.8. Principio de la Alternatividad

Uno de los medios que utiliza la Constitución colombiana para garantizar a toda persona el acceso a la justicia es el de la diversificación o alternatividad en la administración de la misma, para lo cual ha creado, al lado de la justicia institucionalizada, es decir, prestada por los organismos autorizados, creados y organizados por el Estado a la luz de las normas constitucionales y legales, una justicia especial, como la que se presta a través de los jueces indígenas, los jueces de paz, los conciliadores, amigables componedores y árbitros.

El principio de la alternatividad, descrito por el artículo 8° de la Ley 270 de 1996, se refiere a la potestad de la ley de establecer mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados con el fundamento constitucional otorgado por el artículo 116 de la Carta de 1991.

La citada norma, después de señalar los organismos estatales que ejercen la función jurisdiccional, prescribe que el Congreso puede ejercer determinadas funciones judiciales y que, excepcionalmente, la ley puede atribuir esa función a determinadas autoridades administrativas, así como investir a los particulares transitoriamente de dicha función, ya sea como jurados, conciliadores o árbitros.

La Corte Constitucional ha avalado plenamente esta justicia alternativa, denominada también como Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, al considerar que no sólo se adecua a los postulados constitucionales sobre la justicia en general, sino que se constituye en un instrumento trascendental para la descongestión de los despachos judiciales, y se logra cumplir con los deberes fundamentales de que tratan los numerales 5 y 6 del artículo 95 superior.

3.9. Principio del Respeto a los derechos de los intervinientes procesales

Es interesante observar cómo el artículo 9° de la Ley estatutaria de la Justicia para referirse a los deberes de los funcionarios judiciales en relación con los derechos de las personas que intervienen en el proceso utiliza las muy precisas expresiones de respetar, garantizar y velar por su salvaguarda, lo que significa, en el primer caso, tener el miramiento y la consideración necesaria por tales derechos, en el segundo, afianzar y asegurar su cumplimiento, y en el tercero, cuidarlos solícitamente.

Lo anterior nos impone la idea de un deber estricto y regulado que no se cumple con sólo «no violarlos», sino que se extiende a una muy exacta consideración, un solícito cuidado y una permanente seguridad y protección, todo lo cual habla de los requerimientos por un funcionario con la formación jurídica y humanista suficiente para entender con grandeza los derechos fundamentales del debido proceso, un juez estricto para impedir ataques, aunque sean menores, a tales derechos, y un juez acucioso y disciplinado para velar incansablemente, porque esto sea así en todos los procesos, sean cuales fueren las partes y los intereses que estén en debate.

Este artículo tenía una segunda parte que decía que «*De todas maneras se preservará la diversidad cultural de las comunidades indígenas*», la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por considerar que, frente a la generalidad de la primera parte del artículo, no se justificaba la salvedad que se desprendía de esa redacción y que, además, analizada la norma en su integridad, la situación planteada por esa segunda parte parecería ser una excepción al principio general de respetar los derechos de las personas, lo que a todas luces contradice el principio constitucional de igualdad.

TÍTULO II DE LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Capítulo I De la Integración y Competencia de la Rama Judicial

A pesar de la unicidad del concepto de jurisdicción (*juris dictio, juris declaratio*) como potestad única del Estado de declarar el derecho, vale decir, administrar justicia, ésta se distribuye de acuerdo a la índole jurídica de las relaciones que regula, y por eso nuestra Constitución dentro del concepto de Rama Judicial consagra y distingue cinco grandes actividades jurisdiccionales, que algunos autores³⁶ denominan, con mayor rigor, como jurisdicciones especializadas: la Ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia; la Contencioso Administrativa, en cabeza del Consejo de Estado; la Constitucional, en cabeza de la Corte Constitucional; y la Especial, representada, a su vez, por la Jurisdicción Indígena y por la Justicia de Paz.

La Jurisdicción o Justicia Ordinaria, consagrada en el artículo 234 constitucional, comprende y atiende todos aquellos conflictos legales surgidos en materias como la civil, la de familia, la penal, la laboral, la comercial, y está dirigida, a nivel nacional, por la Corte Suprema de Justicia, a nivel departamental o distrital por los llamados Tribunales Superiores del Distrito Judicial, y a nivel de los Circuitos judiciales y de los municipios por los diferentes juzgados del circuito y juzgados municipales. La Corte suprema, a su vez, se organiza en cinco salas,

³⁶ LÓPEZ HERNÁN, Favio (1989). *Derecho Procesal Civil Colombiano, op. cit.*, (p. 46).

denominadas Sala Plena, Sala de Gobierno, Sala de Casación Civil y Agraria, Sala de Casación Laboral y la Sala de Casación Penal.

La Justicia Contencioso Administrativa, según las voces del artículo 82 del Código Administrativo, en armonía con el artículo 236 constitucional, es la instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos el Estado, siempre que no se trate de juicios de Policía ni de las decisiones adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura o de sus seccionales. Esta jurisdicción la ejercen, a nivel nacional, el Consejo de Estado, a nivel departamental o distrital los tribunales contencioso administrativos y los demás jueces administrativos autorizados por la Constitución y la ley.

La Jurisdicción Constitucional, según el artículo 43 de la Ley 270 de 1996, en armonía con el artículo 239 constitucional, ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional, a pesar de que el Consejo de Estado también conoce de las demandas de inconstitucionalidad que se presentan contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia no sea de la Corte y, excepcionalmente, se ejerce también por los jueces y corporaciones que deben proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

La Jurisdicción especial de Paz fue creada y organizada su estructura y funcionamiento por la ley 497 de 1999 y se ejerce mediante los llamados jueces de paz y de reconsideración.

Después de precisar el concepto de «jurisdicción» como el poder estatal de declarar o decir el derecho y de entender que esta potestad se ejerce en las distintas áreas enunciadas de acuerdo a la índole de las relaciones jurídicas que regula, es necesario anticiparnos ahora a los profesores de derecho procesal y enunciar muy someramente el concepto de «competencia», que es llamada por los procesalistas como «la medida distributiva de la jurisdicción», porque se refiere al cúmulo de funciones jurisdiccionales que específicamente tiene cada uno de los órganos estatales de la Rama Judicial, distribuidas entre ellos por la ley de acuerdo con el territorio donde se encuentren, a los asuntos especiales que se les asignen, a la cuantía de dicho asuntos y a la misma calidad de algunas partes.

Es por lo anterior que el artículo 11 de la ley estatutaria que comentamos primero describe la integración de la Rama Judicial a través de sus diferentes expresiones jurisdiccionales (la Ordinaria, la Contenciosa, la Constitucional, etc.) y después, en su parágrafo 1º, señala el ámbito de la «competencia» de los diferentes órganos de la Rama Judicial teniendo en cuenta la organización territorial del Estado a nivel nacional y en distritos, circuitos y municipios.

Así las cosas, dice la norma que la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura tienen competencia en todo el territorio nacional, en tanto que los tribunales superiores, los tribunales administrativos, los consejos seccionales de la Judicatura tienen competencia en el distrito, los jueces del circuito, en el respectivo circuito, y los jueces municipales, en el respectivo municipio.

Capítulo II De la Organización Interna y el Funcionamiento de la Rama Judicial

El funcionamiento desconcentrado de la administración de justicia opera a partir de la división del territorio nacional en sectores territoriales llamados distritos, circuitos o jurisdicciones municipales, que no necesariamente deben coincidir con la división político-administrativa del país y que se hace teniendo en cuenta principios como el fácil acceso, la proporcionalidad de las cargas laborales, la fácil comunicación de los despachos, la cercanía del juez con los lugares en que ocurren los hechos, la celeridad del control que se ejerce a través de la segunda instancia y la suficiencia de recursos.

Tal como lo establece la Ley estatutaria de la Justicia, a cada despacho se le da la organización interna básica que le asigne el Consejo Superior de la Judicatura teniendo en cuenta, como es obvio, las competencias y funciones que en cada caso asigne la ley, el promedio de asuntos y el nivel estimado de rendimiento, las necesidades que existan en materia de asistencia y asesoría en las distintas disciplinas y los requerimientos reales del personal auxiliar calificado.

Corresponde a cada uno de los altos organismos jurisdiccionales determinar, mediante reglamentos, la forma como deben ser expedidas y firmadas las providencias, los conceptos y los dictámenes adoptados.

En cuanto a la publicidad de los actuaciones administrativas de estos altos organismos, el artículo 57 de la Ley 270 de 1996 establece el siguiente régimen:

- a) son de acceso público las actas de las sesiones de la Sala Administrativa y la Plena del Consejo Superior de la Judicatura y sus seccionales, lo mismo que los documentos otorgados por los funcionarios de la Rama Judicial en los cuales consten actuaciones y decisiones de carácter administrativo;
- b) de igual manera, las actas de las sesiones de los tribunales y las altas cortes en los cuales consten los debates, actuaciones y decisiones judiciales adoptadas para propugnar por la integridad del orden jurídico, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo de carácter general y para la protección de los derechos e intereses colectivos frente a la omisión o acción de las autoridades públicas;
- c) en cuanto a las actas de las sesiones de las altas cortes, de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara y las salas jurisdiccionales de los consejos seccionales y de los tribunales en las que consten decisiones judiciales o disciplinarias de carácter individual, de grupo o colectivos, son reservados, excepto para los sujetos procesales, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades competentes.

TÍTULO III **DE LAS CORPORACIONES Y DESPACHOS JUDICIALES** **EN PARTICULAR**

Capítulo I **De la Jurisdicción Ordinaria**

La Jurisdicción Ordinaria, que, como ya se ha visto, corresponde más adecuadamente al concepto de aplicación u organización ordinaria de la Jurisdicción del Estado, es la estructura organizacional del Estado dedicada legalmente a la administración de justicia en las relaciones jurídicas ordinarias de la sociedad colombiana, es decir, las de carácter civil, comercial, agraria, familiar, laboral, penal.

Tal como lo tiene previsto la Constitución Política, esta estructura organizacional del Estado funciona de manera permanente, independiente y autónoma, aunque jerarquizada y territorialmente desconcentrada o sectorizada, lo que significa que su ejercicio se adelanta en forma continua y estable y con funcionarios de diferente categoría y nivel que garantizan, a través de la institución de las instancias, la discusión y revisión de las decisiones, todos los cuales están ubicados de acuerdo con una particular división del territorio.

Como lo hemos dicho, la división territorial para efectos judiciales está diseñada en sectores denominados «distritos», que ordinariamente coinciden con la división política del territorio nacional, tal como está previsto por el artículo 285 de la Carta Política; a estos «distritos» los forman otros sectores denominados «circuitos judiciales», que, a su vez, se integran por otros menores llamados municipios.

Así las cosas, y como lo hemos dicho atrás, la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo tribunal de esta jurisdicción, ejerce sus competencias en todo el territorio nacional a través de los veintitrés magistrados de que está compuesta, organizados en cinco salas, denominadas Sala Plena, Sala de Gobierno, Sala de Casación Civil y Agraria, Sala de Casación Laboral y la Sala de Casación Penal, las que funcionan en los términos y condiciones previstas por el artículo 15 y siguientes de la Ley 270 de 1996.

Los Tribunales Superiores del Distrito Judicial son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada «distrito judicial» a través del número de magistrados que en cada caso indique dicho organismo. La Ley 270 indica que estos tribunales ejercen sus funciones por conducto de las siguientes salas: la denominada Plena, que está conformada por todos los magistrados de la corporación y ejerce las funciones administrativas del tribunal, la Sala de Gobierno, las salas especializadas y las salas de decisión.

En relación con los juzgados, la misma Ley señala que, cualquiera que sea su categoría y especialidad, ellos constituyen la célula básica de la organización judicial y se integrarán por el juez, el secretario y los asistentes que la especialidad requiera y el personal auxiliar calificado que determine el Consejo Superior de la Judicatura.

Fuera de los juzgados civiles, penales, laborales, de familia y de Ejecución de Penas, que actualmente integran, con los tribunales y la Corte Suprema de Justicia, la Jurisdicción Ordinaria, teniendo en cuenta las necesidades de la administración de justicia en cada circuito o municipio, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura determinará la clase y el número de juzgados que se requiera para cumplir las funciones judiciales, pudiendo llegar a establecer, cuando el limitado número de asuntos así lo imponga en un municipio o en un circuito, juzgados promiscuos para el conocimiento conjunto de procesos civiles, penales, laborales, agrarios o de familia.

Un asunto importante al hablar de la estructura, organización y funcionamiento de la Rama Judicial es el tema del «conflicto de competencia», es decir, la necesaria regulación de aquellos desacuerdos que se presentan entre diferentes despachos judiciales con ocasión de la pretensión de cada uno de ellos de ejercer o dejar de ejercer unas determinadas funciones.

En este sentido, se trata de dos «conflictos» diferentes, pues uno es el que se presenta cuando se trata de una disputa entre organismos de distintas jurisdicciones y otro el que se presenta cuando se trata de despachos pertenecientes a una misma jurisdicción.

Las primeras deben ser resueltas por el Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo con el mandato del ordinal 6° del artículo 256 constitucional, y las segundas, al tenor del artículo 18 de la Ley 270, teniendo en cuenta dos eventualidades: la primera, cuando se trata de aquellos conflictos entre autoridades de la jurisdicción ordinaria con distinta especialidad y pertenecientes a «distintos distritos», los cuales son resueltos por la Corte Suprema de Justicia, y la segunda, cuando la confrontación se presenta entre autoridades de igual o superior categoría pertenecientes al «mismo distrito», los cuales serán resueltos por el mismo Tribunal Superior.

Capítulo II De la Jurisdicción Contencioso Administrativa

La Carta Política no define la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y contrario a lo que establecía la Carta de 1886, que dividía expresamente el territorio nacional en distritos judiciales y autorizaba también de manera expresa los tribunales administrativos, sólo incluyó al Consejo de Estado dentro del capítulo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha aceptado que no hay impedimento legal alguno para que en presencia de los artículos 116 y 237 constitucionales resulte constitucionalmente posible que el legislador establezca, además de los tribunales administrativos, los jueces administrativos.

A pesar de lo anterior, el artículo 82 del Código Administrativo nos señala los elementos para definir la jurisdicción administrativa cuando nos indica que esta organización jurisdiccional está instituida para juzgar las controversias y litigios de carácter administrativo originados ya sea en la actividad estrictamente administrativa de las entidades públicas o en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, actividad que se extiende, inclusive, a las controversias originadas en actos políticos o de gobierno y excluye necesariamente a las decisiones proferidas en juicios de Policía regulados especialmente por la ley y también a aquellas decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura y de sus seccionales.

La misma norma dice que la mencionada jurisdicción se ejerce a través del Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

El Consejo de Estado no sólo es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, sino que tiene asignada la función de conocer las acciones de constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional y debe actuar como supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos administrativos, debiendo ser oído siempre que el Gobierno pretenda autorizar el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de buques o aeronaves extranjeras de guerra en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación. Además, conoce de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas y puede preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

Como puede verse, este organismo cumple con funciones de carácter jurisdiccional en lo contencioso administrativo, en lo constitucional y en materia de procesos especiales de pérdida de investidura; funciones eminentemente consultivas, funciones administrativas y funciones colegisladoras. Dichas funciones las ejerce de manera separada mediante tres salas, integradas así: La Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, por veintitrés consejeros, dividida, a su

vez, en secciones y subsecciones, y la de Consulta y Servicio Civil, por cuatro consejeros.

Por su parte, los tribunales administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para cumplir con las funciones de lo contencioso administrativo y están asignados a cada distrito judicial, y los jueces administrativos son previstos por el artículo 42 de la Ley estatutaria de la Justicia para ser determinados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para cumplir las funciones procesales que sean pertinentes en la materia contencioso administrativa en los diferentes circuitos y municipios.

Es importante explicar en este capítulo, así sea muy sucintamente, ya que por su índole es un tema que debe tratarse en la materia de Administrativo general, colombiano y procesal, que cuando nos referimos a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad administrativa de las entidades públicas o de las personas privadas que desempeñen esas funciones, nos estamos refiriendo a los actos administrativos propiamente dichos, a los hechos jurídicos de la misma índole, a las omisiones, a las operaciones administrativas y a los contratos administrativos.

Esta jurisdicción se pone en movimiento cuando las personas con la capacidad especialmente fijada por la ley en cada caso llegan a incoar o presentar las acciones llamadas de simple nulidad, de nulidad y restablecimiento del Derecho, de reparación directa, contractuales, electorales, de definición de competencias, las de tutelas que correspondan por su naturaleza, las acciones populares y las de cumplimiento.

Capítulo III De la Jurisdicción Constitucional

3.1. Noción general

Podemos decir, con la Corte³⁷, que la Jurisdicción Constitucional es la función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, auto de 1° de septiembre de 1994, Expediente T-32-352. M.P. Jorge Arango Mejía.

y primacía de la Constitución, ya que, por declaratoria expresa de la misma Constitución, ésta es una norma fundamental, vale decir, norma de normas, y está colocada en la cúspide de nuestro organigrama jerárquico normativo.

A pesar de la iniciativa del constituyente de 1991 de mejorar la jurisdicción constitucional y crear un alto organismo encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, en Colombia el sistema de vigilancia y control constitucional no es «concentrado» sino «difuso», ya que no le está asignado a él exclusivamente sino que, además de los pronunciamientos que en este campo deba hacer en desarrollo de las competencias otorgadas por el artículo 241 constitucional, al Consejo de Estado también se le ha atribuido una competencia llamada «residual» en esta materia, consistente en declarar la constitucionalidad de aquellos decretos proferidos por el Gobierno cuyo control no le esté asignado a la Corte, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 237 constitucional.

De la misma manera, en desarrollo del mandato del artículo 86 constitucional, los jueces de la República pueden resolver aquellos reclamos que hagan las personas en procura de la defensa de sus derechos fundamentales mediante la acción de tutela, lo mismo que sucede cuando estos mismos jueces, en los casos concretos de sus respectivas competencias, y con efectos *Inter partes*, pueden abstenerse de aplicar una norma cuando ésta contradice en forma grave el texto constitucional.

3.2. Innovaciones en la jurisdicción constitucional de 1991

La primera innovación que podemos destacar es la referente a la forma de integración del alto organismo constitucional, ya que hasta 1991 los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre los cuales se encontraban, obviamente, los integrantes de la Sala Constitucional, eran designados por el sistema de captación, es decir que ellos mismos llenaban las vacancias, en tanto que con la Carta de 1991 los magistrados integrantes de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República, de sendas ternas presentadas por el Gobierno, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El período y la composición interna también variaron, ya que, en cuanto al primero, antes los magistrados de la Corte Suprema tenían el carácter de vitalicios, mientras observaran buena conducta y no llegaran a la edad de retiro forzoso, en tanto que la Carta de 1991 fijó para los

magistrados de la Corte Constitucional un período de ocho años, sin que pudieran ser reelegidos, y en cuanto a lo segundo, mientras la anterior Carta exigía la integración de la Sala Constitucional con expertos en derecho público, el nuevo artículo 239 de la Carta estipuló que para la integración del alto organismo se atendería el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho.

A) En cuanto a sus funciones, es importante señalar que mientras la Constitución anterior entregaba a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional «*la guarda de la integridad de la Constitución*», la actual Carta dispone que la Corte Constitucional se encargue «*de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*», todo lo cual se expresa a través de las siguientes atribuciones:

B) Funciones similares a las de la anterior Carta que se consagran en los ordinales 4º, 5º, 7º y 8º del actual artículo 241 y se refieren a las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, contra los decretos con fuerza de ley (llamados decretos leyes y decretos legislativos) y de las objeciones por este mismo motivo que presente el gobierno contra proyectos de leyes.

C) Las nuevas funciones relativas a los siguientes aspectos:

- a) En materia de actos reformativos de la Constitución, ya sea que se trate de demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra un acto reformativo o que se trate del acto de convocatoria a un referendo o una asamblea nacional constituyente para reformarla.
- b) En relación con mecanismos de participación ciudadana cuando se trate de referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional.
- c) Cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno cuando el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas al tenor del artículo 341 constitucional.
- d) Cuando se trate de tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

- e) Cuando se trate de fallos de tutela en los que, al tenor del artículo 86 superior, la Corte deba hacer su eventual revisión.
- f) Cuando se trate de revisión previa de exequibilidad de un proyecto de ley estatutaria de acuerdo con el artículo 153 constitucional.
- g) En materia de nominación a la Corte Constitucional también se le facultó para presentar un candidato al Congreso para el nombramiento del contralor general de la República en los términos del artículo 267 constitucional y para hacer la designación de un magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura según el artículo 254.
- h) Cuando quien ha sido citado por cualquier comisión permanente del Congreso en ejercicio del poder público que ejerce éste, se niega a rendir declaraciones sobre indagaciones que adelante la comisión respectiva, la encargada de examinar las razones aducidas es la Corte Constitucional por mandato del artículo 137 de la misma Carta.

Capítulo IV De las Jurisdicciones Especiales

Bajo esta denominación, en el capítulo V de su título VII, la Constitución de 1991 consagró la Jurisdicción de las autoridades indígenas (artículo 246) y de los Jueces de Paz (artículo 247) y determinó que la primera estaría integrada por las autoridades de los pueblos indígenas, quienes dentro de su territorio, de conformidad con sus normas y procedimientos, podrían ejercer funciones jurisdiccionales siempre que no lleguen a contrariar la Constitución y las leyes de la República, y la segunda, de ser creada por la ley, se integraría por una especie de amigables componedores, personas de gran prestigio y estima colectivos que con la suficiente capacidad de convocatoria y acatamiento puedan resolver en equidad los conflictos individuales y comunitarios.

A) En cuanto a la Jurisdicción Indígena, la Corte Constitucional ha precisado que al analizar el artículo 246 se observan los cuatro elementos centrales de la misma en nuestro ordenamiento constitucional: 1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; 2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; 3) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y 4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos –dice el alto organismo- conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas (que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de «normas y procedimientos»), mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, como lo ha dicho el mismo cuerpo, no es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, ya que la Constitución tiene efectos normativos directos, de manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.

B) Nos recuerda el profesor Mario Roberto Molano³⁸ que ya en la Ley 30 de 1888 se había consagrado la figura de los Jueces de Paz como funcionarios sin formación jurídica, vecinos ampliamente reconocidos que bajo la tutela de un juez municipal conocían de pequeñas causas como mediadores antes que llegaran al conocimiento de la justicia formal.

La Ley 497 del 10 de febrero de 1999 creó los jueces de paz y reglamentó su organización y funcionamiento con objeto de lograr el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios o particulares que voluntariamente se sometan a su conocimiento.

Por iniciativa del alcalde o del personero o de la mayoría de los miembros del concejo municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el concejo municipal a través de acuerdo hace la convocatoria a elecciones y determina las circunscripciones electorales que sean necesarias para la elección de jueces de paz y de reconsideración pero, de todas formas, la elección de unos y otros se realiza de conformidad con la reglamentación que para el efecto determine el Consejo Nacional Electoral.

³⁸ MOLANO, Mario Roberto (1993). *La función mediadora del estado en la Constitución de 1991* (p. 161). Bogotá, Dike.

Los jueces de paz son los encargados de adelantar el procedimiento necesario para resolver el conflicto que se somete a su consideración, y este procedimiento se efectúa mediante dos etapas; una de conciliación, llamada por la Ley «autocompositiva», y la otra, en caso de fracasar la etapa conciliatoria, llamada de «sentencia» o resolutoria.

Todas las sentencias que terminen con un fallo en equidad son susceptibles de «reconsideración», siempre y cuando la parte interesada así lo manifieste de manera oral o escrita ante el juez de paz dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del fallo.

Importante previsión hace la ley para el caso en que no hubieren jueces de paz de Reconsideración, ante quienes pueda tramitarse la revisión del fallo del juez de paz, ya que, entonces, el que dictó el fallo integrará una sala con dos jueces de paz que de común acuerdo señalen las partes, o que pertenezcan a municipios o circuitos circunvecinos, y esta sala decidirá en forma motivada si confirma o revoca la decisión.

Los jueces de paz y los de reconsideración tienen un período de cinco años y son reelegibles en forma indefinida, y las únicas exigencias se refieren a que sea mayor de edad, ciudadano en ejercicio, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y haber residido en la comunidad respectiva por lo menos un año antes de la elección

Capítulo V De la Fiscalía General de la Nación

El artículo 116 de la Carta incluye a la fiscalía general de la Nación dentro de los organismos que administran justicia en Colombia y que forma parte de la Rama Judicial a pesar de la autonomía administrativa y presupuestal que la misma Constitución le otorga.

Este organismo está conformado por el Fiscal General de la Nación, los fiscales delegados y los demás funcionarios que señale la ley.

La Constitución de 1991 le confirió a la Fiscalía la especial atribución de «investigar y acusar» ante los jueces a los presuntos responsables de los delitos, y en desarrollo de tal cometido constitucional, le asignó la potestad de dictar providencias desde el primer momento de su actuación judicial, como lo es la que ordena abstenerse de abrir investigación, hasta la que cierra la investigación y califica el proceso, ya sea mediante una preclusión definitiva de esa instrucción o ya sea mediante la acusa-

ción formal ante el correspondiente juez, pasando, como es obvio, por la providencia que define la situación jurídica del implicado, la que admite o niega la constitución de parte civil, la que ordena o niega la práctica de pruebas y la que ordena el embargo y secuestro de los bienes del procesado.

Como puede verse, esta regulación dio fundamento a los autores y críticos, no sin una alta dosis de buen juicio, para estimar que esta reforma, al intentar el diseño de un sistema penal acusatorio, se apartó de los esquemas que para el mismo se han implementado en otros países y terminó creando un híbrido entre lo inquisitivo y lo acusatorio.

El acto legislativo N° 03 del 2002 varió el esquema y carácter de la Fiscalía General de la Nación a través de la implementación de un procedimiento penal diferente en cuanto a la investigación, la acusación y el juzgamiento de los delitos, el cual pasó de la índole mixta que había consagrado la Constitución de 1991 a la adopción de un sistema puramente acusatorio.

En este sentido, en la exposición de motivos de la reforma se puede leer:

...la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación... se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función. Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria. (El subrayado es nuestro).

Como puede verse, la reforma pretende, como lo ha dicho la Corte Constitucional en su sentencia C-873 del 2003, instaurar un «nuevo sistema», que abandone la tendencia mixta diseñada por el constituyente de 1991 y adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro.

El alcance e implicaciones del nuevo sistema, dice la Corte, serán desarrolladas por el legislador y precisadas por la jurisprudencia, sin que eso signifique que la magnitud de la reforma no se pueda visualizar, en primer término, por medio de una comparación simple del texto de los artículos aludidos, antes y después de la aprobación del acto legislativo para apreciar que se creó un sistema sustancialmente diferente del anterior.

Así pues, la Corte insiste en que la formulación general de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación es sustancialmente distinta, ya que bajo el sistema original de 1991, la función de la Fiscalía era la de investigar y acusar ante los jueces competentes las posibles violaciones de la ley penal, salvo aquellas cobijadas por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales; se precisaba, además, que la iniciación de la investigación podía llevarse a cabo de oficio, en virtud de denuncia o por querrela.

Pero, después de la reforma aprobada mediante el acto legislativo N° 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de *adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos* que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación.

Precisa el texto constitucional que este cometido general es una *obligación* de la Fiscalía, la cual no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la *persecución* penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de *oportunidad* –el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías–.

Resalta la Corte, además, que en el primer párrafo del nuevo artículo 250 superior se hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el legislador; entre ellas, son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales: (i) *ejercicio de la acción penal*, (ii) *investigación de los hechos que revistan las características de un delito*, (iii) *persecución penal*, (iv) *suspensión de la persecución penal*, (v) *interrupción de la persecución penal*, (vi) *renuncia a la persecución penal*, (vii) *principio de oportunidad*, (viii) *control de legalidad*, y (ix) *control de garantías*.

En cuanto al artículo 251, observa igualmente la Corte, en primer lugar, que sus numerales 1 y 2 quedaron, en lo esencial, idénticos, salvo

que la expresión «funcionarios», del numeral 1, así como la expresión «empleados», del numeral 2, fueron sustituidas en ambos casos por el término «servidores».

Respecto a los numerales 3, 4 y 5 del texto original de 1991, éstos se mantuvieron iguales en los numerales 4, 5 y 6, respectivamente, del artículo 251 reformado, de manera que la modificación más significativa del artículo 251 radica en la introducción del nuevo numeral 3, en virtud del cual el fiscal general de la Nación cuenta con la potestad constitucional de (i) asumir directamente la conducción de investigaciones y procesos penales, sea cual fuere la etapa procesal en la cual se encuentren, (ii) asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos penales que éstos lleven, y (iii) determinar, en aplicación de los principios institucionales de unidad de gestión y jerarquía –ahora aplicables por mandato constitucional al interior de la Fiscalía–, el criterio y la posición de la Fiscalía. Ello, precisa la norma constitucional, *«sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley»*.

**

Nota: En el próximo número se culminará el tema de la Rama Judicial con el análisis de la importante institución del Consejo Superior de la Judicatura y de la regulación sobre los servidores públicos de la Rama Judicial.

Reglamento de publicaciones

1. Los artículos se deben remitir al editor de la *Revista de Derecho*, en original y dos copias. Deben escribirse en computador, a doble espacio (inclusive las referencias). Además, se debe hacer llegar una copia del artículo en un disquete de 3.5 pulgadas.
2. El Comité Editorial estudiará cada artículo y decidirá sobre la conveniencia de su publicación. En algunos casos podrá aceptar el artículo con algunas modificaciones o podrá sugerir la forma más adecuada para su presentación.
3. La primera página debe contener:
 - 3.1. Título del artículo: Debe ser corto, específico e informativo.
 - 3.2. Nombre del autor o autores.
 - 3.3. Títulos académicos o afiliación institucional.
 - 3.4. Dirección del autor principal.
 - 3.5. Origen de subvenciones y apoyos recibidos.
 - 3.6. Título abreviado, no mayor de 40 pulsaciones (contando caracteres y espacios), el cual debe ser colocado en la última línea de la página inicial.
4. La segunda página debe contener: Un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, el cual debe hacer referencia a los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones.
5. Todas las referencias se deben enumerar consecutivamente de acuerdo con el orden en que aparezcan en el texto. En lo que respecta a las citas de las revistas, debe incluirse, en su orden: apellido e iniciales del nombre del autor (es); si son 6 o menos, deben citarse todos; si son más de 6, se deben mencionar sólo los tres primeros y después la abreviatura et al.; título del artículo, nombre de la revista (destacado), año de publicación, volumen (destacado) y número de la primera y última página del trabajo consultado.
6. Los cuadros se deben numerar consecutivamente y presentar uno por página, al final del texto. Lo mismo debe hacerse con las figuras, las cuales deben llevar una numeración independiente de la de los cuadros. Las figuras se deben presentar en papel blanco y tinta negra. Las fotografías, en papel brillante. Cada cuadro o figura debe acompañarse de una leyenda que describa claramente el material presentado. Los cuadros, las figuras y las fotografías deben ser originales del autor (es). Si son modificaciones o reproducciones de otro artículo, es necesario acompañar el permiso del editor correspondiente.
7. Los artículos deben ser enviados al editor con seis meses de anticipación.
8. Las opiniones expresadas en los artículos de esta revista son responsabilidad exclusiva de los autores.

Suscripción Revista de Derecho

Llene el cupón adjunto y envíelo por correo

Valor anual de la suscripción (2 números por año):

Residentes en Barranquilla: \$ 18.000

Residentes en otras ciudades de Colombia: \$ 22.000

Residentes fuera de Colombia: U\$ 15

Barranquilla _____ de 200 ____

Señores
Revista de Derecho
Universidad del Norte
Apartado Aéreo 1569
Barranquilla

Adjunto cheque cruzado N° _____ Banco _____

A favor de la Universidad del Norte, para suscripción por dos (2) números.

Suscripción _____ Renovación de suscripción _____

Nombre y Apellidos _____

Dirección _____ Teléfono _____

Apartado Aéreo _____ Ciudad _____

C.C. N° _____ de _____